بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة اليرموك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه وأصوله

برنامج ماجستير الفقه

"اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية"

"INDEPENDENT JUDGEMENT (IGTIHAD) OF THE JORDAN SHARIA COURT IN SEPERATION ISSUES UNREPORTED IN THE TEXT OF PERSONAL STATUS LAW"

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في جامعة اليرموك
تخصص الفقه

إعـــداد

كمال علي صالح الصمادي

إشـــراف

الدكتور عبدالناصر موسى أبو البصل

عضو لجنة الإشـراف

الدكتور مصطفى احمد القضاة

١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م

اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنيـة في مسائل التفـريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في جامعة اليرموك
تخصص الفقه

إعـــداد

كمال علي صالح الصمادي

أعضــاء لجنـــة المنــاقشــة

الدكتور عبد الناصر موسى أبو البصــل......................مشــرفاً ورئيســاً

الدكتور مصطفى احمد القضــاة ....عضو لجنة إشراف

الدكتـــــور زكـريا القضــاة...................... عضـــــواً

الدكتور زياد صبحــي ذيـــاب ....عضــــواً

١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــداء

إلى صاحبي اليد الحانية...

التي جففت عناء المشوار..

وجففت عرق المسير..

إلى والدي ووالدتي

إلى من شاطرتني حياتي...

ورافقتني في دربـي...

إلى زوجتي...

إلى أجمل الزهرات.....

عـرين، بيـان، هديـل، مـرح، وأمـل

شكر وتقدير

بعد شكر الله عز وجل، أتوجه بالشكر الجزيل لدائرة قاضي القضاة لتفضلها بمخاطبة جامعة اليرموك لقبولي في مرحلة الدراسات العليا –الماجستير– ولجامعة اليرموك على تكرمها بالقبول، واتاحة الفرصة أمامي لمتابعة التحصيل العلمي.

كما أتقدم بالشكر والعرفان لكلية الشريعة ممثلة بعميدها وأساتذتها عامة ولمن تلقيت العلم على أيديهم خاصة، ويطيب لي أن أتقدم بالشكر أجزله، وبالتقدير أفضله، لمن كان لهم يد بيضاء عليّ في هذه الرسالة فضيلة الدكتور عبد الناصر أبو البصل المشرف عليها وفضيلة الدكتور مصطفى القضاة عضو لجنة الإشراف ولأعضاء لجنة المناقشة فضيلة الدكتور زكريا القضاة وفضيلة القاضي الدكتور زياد صبحي ذياب عضو محكمة الاستئناف الشرعية لتفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة والإفادة مما سيبديانه من ملاحظات قيمة إن شاء الله تعالى.

واخيرا يسرني أن أتقدم بالشكر والمحبة لكل من قدم لي مساعدة لإتمام هذه الرسالة خالد العمري وحمزه هزايمه وأسامه الجوارنه سائلا الله العلي العظيم أن يتقبل هذا العمل ويجعله في ميزان حسناتي.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الباحث

الملخص:

"اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية"

إعداد

كمال علي صالح الصمادي

الدكتور عبد الناصر موسى أبو البصل – مشرفاً ورئيساً.

الدكتور مصطفى أحمد القضاة – عضو لجنة إشراف.

تبحث هذه الرسالة في موضوع الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، في مسائل التفريق بين الأزواج واشتملت على التعريف بمحكمة الاستئناف الشرعية، والاجتهاد القضائي والقرارات القضائية وأنواع الفرق بين الزوجين.

كما اشتمل هذا العمل على الاجتهادات الصادرة عن المحكمة بموضوع مسائل التفريق بالطلاق للغيبة والهجر والنزاع والشقاق والعجز عن دفع النفقة والسجن والجنون وإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام، والاجتهاد الصادر في مسائل التفريق بين الزوجين بفسخ العقد للعيب والشرط والعجز عن دفع المهر والرضاع وصغر السن.

وقد اتبعت مجموعة من المناهج العلمية في فصول هذه الرسالة والمتمثلة بالمنهج الاستقرائي والتحليلي.

ثم اختتمت هذه الرسالة بمجموعة من النتائج التي تعد بمجملها مجموعة من مبادئ القضاء الشرعي الأردني، وبتوصيات ومقترحات يتمنى الباحث الأخذ بها للاستفادة منها.

قائمة المحتويات

المحتوى | **الصفحة**

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين، وافضل الصلاة أتم التسليم على سيدنا محمد النبي الأمّي الأمين، وعلى اله واصحابه واتباعه أجمعين، وبعد

فإن إقامة القضاء واجب على الأمة، وتوليته فرض كفاية، لان أمر الناس لا يستقيم إلا به، وهو من اجل العلوم قدرا، واعزها مكاناً وشرفا، وقد قام به النبي ﷺ والأنبياء عليهم السلام من قبله، قال الله تعالى:{ **وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ** }[(1)] وقال:{**يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ**}[(2)]

وبالقضاء تعصم الدماء وتسفح، وبه تنكح الأبضاع وتحرم، وتصل الحقوق إلى أربابها، وبه ينصر المظلوم، ويرد الظالم عن ظلمه، وفيه إصلاح بين الناس، وإنهاء المنازعات، وفصل الخصومات، وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وتوطيد أركان العدل والأمان، لذلك جعل الله فيه أجرا مع الخطأ واجرين مع الإصابة، قال ﷺ :"**إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فاخطأ فله اجر**"[(3)] وعن عبدالله بن مسعود -رضي الله عنه- انه قال:"**لئن اجلس قاضيا بين اثنين احب الي من عبادة سبعين سنة.**"[(4)]

وبالمقابل فان في التقصير به، وعدم الاهتمام به، وتوليته لغير أهله خطر عظيم، وفتنة كبيرة، وضياع للحقوق، واستشراء للظلم، وظهور للفساد لذلك كان السلف يمتنعون عنه، ويفرون منه خشية على أنفسهم، قال ﷺ :"**من جُعل قاضياً فقط ذُبح بغير سكين**".[(5)]

---

(1) سورة المائدة الآية ٤٩.

(2) سورة ص الآية ٢٦.

(3) متفق عليه: رواه البخاري باب أمر الحاكم إذا اجتهد أصاب او اخطأ من كتاب الاعتصام صحيح البخاري، رقم الحديث (٧٣٥٢) ج٩، ص١٣٣، البخاري: محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية للنشر، د ط، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م. ورواه مسلم في باب بيان اجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب او اخطأ من كتاب الاقضية، صحيح مسلم، ١٣٤٢/٣. رقم الحديث (١٧١٦) مسلم: ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

(4) أخرجه البيهقي في باب فضل من ابتلي بشيء من الأعمال، من كتاب آداب القاضي، السنن الكبرى، ج١٠، ص٨٩. البيهقي: ابو بكر احمد بن الحسين بن العلي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

(5) رواه ابو داود، باب ما جاء في طلب القضاء من كتاب الاقضية، سنن أبي داود، ج٢، ص٢٦٨. كما رواه البيهقي، باب كراهية الإمارة من كتاب آداب القاضي، السنن الكبرى، ج١٠،ص١٩٦. الالباني: صحيح

يقول ابن فرحون عن أهمية علم القضاء وميزته عن فروع الفقه الأخرى:"ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب؛ لان القضاء علم يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات. وغالب تلك المقدمات لم يجري لها في دواوين الفقه ذكرا، ولا أحاط بها الفقيه خبرا، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخبط خبط عشوا في الظلام"[١]

والدستور الأردني[٢] قسم المحاكم إلى ثلاثة أنواع[٣] هي: محاكم نظامية، ومحاكم خاصة، ومحاكم دينية، ومنها المحاكم الشرعية، وقرر أن المحاكم الشرعية تطبق في أحكامها أحكام الشريعة الإسلامية.[٤]

وحيث تم تقنين بعض أحكام الشريعة الإسلامية بموجب قوانين؛ لتطبيقها في المحاكم على سبيل الإلزام؛ لضبط الأمور وتحديد المرجعية في الأحكام، فقد تم إقرار قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٦،[٥] وهذا القانون استمد كثيرا من أحكامه من المذهب الحنفي، واستمد بعضها الأخر من المذاهب الإسلامية الأخرى، كما اغفل كثيرا من المسائل ولم يتعرض لها، ولم يعالجها بنص قانوني، وقد قرر هذا في المادة (١٨٣) ان "ما لا ذكر له يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة".

والمحاكم الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية على مستويين:

المستوى الأول: المحاكم الابتدائية: تتولى الفصل في الدعاوى التي تدخل ضمن اختصاص ووظيفة المحاكم الشرعية، كالزواج والتفريق والنفقة وغيرها.

سن ابي داود، اختصار السند، الناشر، مكتبة التربية لدول الخليج، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت،ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨١م.

[١] ابن فرحون: أبو الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، خرّج أحاديثه وعلّق عليه الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج١، ص٤.

[٢] نشر في العدد (١٠٩٣) من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٢/١/٨.

[٣] نصت المادة (٩٩) من الدستور :"المحاكم ثلاثة أنواع: ١. المحاكم النظامية.٢. المحاكم الدينية ٣. المحاكم الخاصة".

[٤] نصت المادة (١٠٦) من الدستور:" تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف".

[٥] نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العدد (٢٦٦٨) بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١.

المستوى الثاني: محاكم الاستئناف، وهي محاكم عليا، تدقق في مدى التزام المحاكم الابتدائية بنص القانون في القضايا المعروضة عليها، ولمحكمة الاستئناف صلاحية فسخ وتصديق وتعديل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية وإصدار الأحكام في الموضوع ، متى وجدت المسوغ لذلك، وما يصدر عنها من أحكام يشكل جزءاً من الاجتهاد القضائي الشرعي.

وموضوع التفريق بين الأزواج على قدر من الأهمية، لما له من متعلقات بالحل والحرمة وصون المجتمع من الفساد والانحراف، وقطع للمنازعات بين الأزواج، وصون الأعراض وحفظ الفروج، وهو من المواضيع التي يتعلق بها حق الله تعالى، لذلك أوجب قانون أصول المحاكمات الشرعية[١] على محكمة الاستئناف التدقيق في جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية فيه؛ لضمان سلامة التطبيق القانوني.

ولمحكمة الاستئناف الشرعية عبر تاريخها الطويل، منذ إنشائها إلى يومنا هذا، اجتهادات كثيرة ومتعددة، تعد ذخيرة فقهية هائلة، تحتاج من الباحثين إلى الدراسة والتحليل، وذلك بالربط بين الأصالة من جهة بالرجوع إلى أمهات وأصول الفقه الإسلامي والمعاصرة والتجديد من جهة أخرى، بما يعرض على المحاكم من وقائع ومستجدات ونوازل، وما يصدر فيها من اجتهاد مبني على تلك الأصول، وهو ما يعرف بالاجتهاد التنزيلي أو التطبيقي، ومن هنا تظهر أهمية هذا الموضوع، الذي اخترته والمتعلق بمسائل التفريق بين الأزواج التي لم يرد فيها نص في القانون، موضوعاً لرسالتي لاستكمال درجة الماجستير في الفقه تحت عنوان"**اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية**".

أسباب الاختيار:

أولا: عدم وجود دراسة متخصصة في هذا الموضوع.

---

[١] نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية العدد (١٤٤٩) بتاريخ ١٩٥٩/١١/١.

ثانياً: إن هذه الرسالة تفتح بابا من أبواب العلم بحيث يتمكن الباحثون من كتابة عدة رسائل علمية في موضوع اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، وذلك في مسائل مماثلة كالنفقة والحضانة والنسب والمهر والزواج وغيرها سواء كان ذلك في موضوع الأحوال الشخصية، او في أصول المحاكمات الشرعية.

ثالثاً: أهمية الموضوع العلمية، حيث ستتناول هذه المسائل وفق ما استقر عليه اجتهاد المحكمة بالمقارنة مع ما ورد في المذهب الحنفي ومدى التزام الاجتهاد القضائي الاستئنافي في المادة (١٨٣) حسب الأصول.

رابعاً: يحقق هذا الموضوع فائدة للقضاة والمحامين الشرعيين والباحثين وطلبة كليات الشريعة والقانون.

خامساً: هذا الموضوع مرتبط بتخصص الباحث وعمله كقاضٍ شرعي في المحاكم الشرعية، وهذا من اكبر الأسباب التي دفعت الباحث لدراسته.

المنهج المتبع:

اتبع الباحث في هذه الرسالة المناهج العلمية التالية:

أولا: المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال ما يلي:

١. استقراء القرارات الاستئنافية المنشورة وبعض القرارات غير المنشورة، الصادرة في المسألة مدار البحث، وتحديد القرارات التي فيها اجتهاد ولم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية، واستبعاد القرارات التي ورد فيها نص في القانون وكذلك القرارات المتعلقة بأصول المحاكمات الشرعية، أو القرارات التي صدرت في ضوء قانون حقوق العائلة إذا كان النص القانوني الحالي يخالفه.

٢. تتبع الأدلة تحقيقا وتخريجا، من القرآن الكريم، وكتب الحديث النبوي الشريف.

ثانياً: المنهج التأصيلي: وذلك من خلال ما يلي:

١.الاعتماد على المصادر الأصلية المعتمدة للفقه الحنفي وغيره من المذاهب الأربعة.

٢.التأصيل العلمي للاجتهاد القضائي ببيان أنواعه وأقسامه.

٣. الرجوع إلى المذهب الحنفي وتحديد رأي الفقه الحنفي في المسألة والراجح في المذهب فيها وبيان مدى التطابق والاختلاف بين رأي الفقه الحنفي واجتهاد المحكمة.

٤. بيان المذهب الفقهي الذي استند إليه الاجتهاد فيما خالفت فيه المحكمة المذهب الحنفي.

ثالثاً: المنهج التحليلي: ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

١. تحديد المسائل التي صدر فيها اجتهاد بحيث يتم تصوير المسألة المراد بحثها وابراز اجتهاد المحكمة بشكل جلي.

٢. بيان القرارات الاستئنافية التي اجتهدت بها المحكمة وتحليلها واستنباط المبادئ الفقهية القضائية منها.

٣. التعليق على اجتهاد المحكمة إما بالموافقة على ما استقر اجتهادها، أو بالاعتراض عليه من خلال التوصية بالرجوع عن هذا القرار أو تعديله.

٤. الترجيح العلمي للرأي المستند إلى الدليل الأقوى من نقل أو عقل دون تعصب أو تحيّز وذلك باتباع الموضوعية العلمية.

قام الباحث بترجمة معظم الأعلام الوارد ذكرها في متن الرسالة، وتفسير المصطلحات والألفاظ الغريبة.

خطة الرسالة:

عقد الباحث رسالته هذه الموسومة بعنوان" اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية" بتمهيد وفصلين وخاتمة وتوصيات، وألحقت بقائمة الفهارس العلمية وكانت على النحو التالي:

الفصل الثالث: الاجتهاد الصادر في دعاوى طلب التفريق بالفسخ، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعيب.

المبحث الثاني: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للشرط.

المبحث الثالث: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع الهر المعجل.

المبحث الرابع: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للرضاع المحرّم.

المبحث الخامس: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للصغر.

المبحث الأول: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعيب، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم العيوب الموجبة للفسخ.

المطلب الثاني: بين الإمهال وعدمه.

المطلب الثالث: ادعاء الزوج الوصول إلى زوجته.

المطلب الرابع: العدة من الخلوة الفاسدة بعد العقد الصحيح.

المطلب الخامس: طلب التفريق للعلة الطارئة.

المبحث الثاني: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للشرط، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الشرط في عقد الزواج.

المطلب الثاني: اشتراط الزوجة على الزوج ان تجعل أمرها بيدها.

المطلب الثالث: اشتراط الزوجة شرطاً لنفسها وتنازلها عن الشرط واشتراطها شرطاً بعد العقد.

المبحث الثالث: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بدعوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل.

المطلب الثاني: مسامحة ولي الزوجة بالمهر.

المطلب الثالث: إقرار الولي بقبض مهر الزوجة المعجل.

المبحث الرابع: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للرضاع المحرم، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفهوم الرضاع المحرم.

المطلب الثاني: الإقرار بالرضاع والرجوع عنه.

المطلب الثالث: الشهادة على الرضاع.

المطلب الرابع: اليمين في الرضاع.

المبحث الخامس: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج لصغر السن، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفهوم صغر السن في عقد الزواج.

المطلب الثاني: إقرار الزوجة بصحة دعوى فساد العقد وإنكار الزوج.

المطلب الثالث: العدة بعد الخلوة الصحيحة في العقد الفاسد.

المطلب الرابع: بينة مدعي فساد العقد ومدعي صحته.

وقد ختمت الرسالة بخاتمة وتوصيات، أما الخاتمة فقد اشتملت على أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج، وقد طرحت في نهاية الرسالة مصوغة بنقاط، وأما التوصيات فقد اشتملت على أهم ما توصل إليه الباحث من مقترحات، وقد ألحقت هذه الرسالة بقائمة للفهارس العلمية المتعلقة بالآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، وفهرست الأعلام، وفهرست المصادر والمراجع.

الفصل التمهيدي

التمهيد

ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول: التعريف بالاجتهاد والاجتهاد القضائي ومحكمة الاستئناف الشرعية وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي

المطلب الثالث: التعريف بمحكمة الاستئناف الشرعية

المطلب الرابع: مفهوم القرارات الاستئنافية وأنواعها

المبحث الثاني: تعريف التفريق وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف التفريق

المطلب الثاني: أنواع التفريق

المطلب الثالث: الفرق بين الطلاق والفسخ.

المبحث الأول

التعريف بالاجتهاد والاجتهاد القضائي ومحكمة الاستئناف

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد وفيه فرعان.

الفرع الأول: الاجتهاد لغة:

من الجهد، واصله المشقة والجهد بضم الجيم الطاقة.[1] يقال: اجهد جهدك أي ابلغ غايتك، واجتهد والتجاهد بذل الوسع كالاجتهاد[2] ، ولا تستعمل كلمة الجهد إلا ما فيه كلفة، فيقال: اجتهد في حمل الصخرة ولا يقال: اجتهد في حمل القلم[3] .

الفرع الثاني: الاجتهاد اصطلاحاً:

يجد المتتبع لتعريفات علماء الأصول للاجتهاد انهم قد سلكوا منهجين في تعريفه[4].

المنهج الأول: جعل الاجتهاد عملا من أعمال المجتهد، حيث استهل أصحاب هذا المنهج تعريفهم للاجتهاد بأنه: بذل أو استفراغ الوسع، وهؤلاء هم جمهور الأصوليين.

المنهج الثاني: جعل الاجتهاد صفة من صفات المجتهد، حيث عرفوا الاجتهاد بأنه: ملكة في الشخص، تمكن صاحبها من استنباط الأحكام، وهؤلاء بعض الشيعة وبعض المحدثين.

---

(1) ابن فارس: أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، د.ط، المجلد الأول، باب الجيم والهاء وما يثلثهما، ص ص٤٨٦-٤٨٧.

(2) الفيروز ابادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٩١م، ج١، فصل الجيم والهاء، ص٣٩٦.

(3) الغزالي: ابو حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ج٢، ص٣٨٢. الاسنوي: جمال الدين عبدالرحيم حسن، نهاية السول في شرح منهاج الأصول للقاضي ناصر الدين اليضاوي، عالم الكتب، ١٩٨٢م، المطبعة السلفية، ج٤، ص٥٢٤.

(4) العمري: نادية شريف، الاجتهاد في الإسلام أصوله، أحكامه، آفاته، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١، ص١٩-٢٣.

ويترتب على هذين الاتجاهين أن أصحاب الاتجاه الأول يرون أن الاجتهاد يتجزأ، بمعنى انه لا مانع أن يكون الشخص مجتهداً في بعض أبواب الفقه أو بعض المسائل دون بعضها الأخر.

بينما من يرى أن الاجتهاد ملكة فانه يمنع تجزؤ الاجتهاد، أو على الأقل يوهم بذلك، حيث أن من له ملكة في استنباط حكم شرعي واحد فانه يمكنه الاجتهاد في كل الموضوعات، لوجود ملكة الاجتهاد لديه، وهذه الملكة لا يتصور ان يستنبط بها حكم في موضوع دون موضوع أخر.(١)

وحسب ***المنهج الأول*** فقد عرف الكمال بن الهمام(٢) الاجتهاد بأنه:" بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني".(٣)

كما عرفه ابن الحاجب(٤) بأنه:" استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظنٍ بحكم شرعي".(٥)

---

(١) الصدر: رضا، الاجتهاد والتقليد دار الكتاب اللبناني، ط١، ١٩٧٦م، ص٤٩. الحكيم: محمد تقي، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، ط٢، ١٩٧٩،ص٥٨٥-٥٨٨.

(٢) ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبدالحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي، ولد ٧٨٨هـ وتوفي ٨٦١هـ محدثاً وأصوليا ومفسراً حافظاً نحوياً كلامياً منطقياً جدلياً، من مصنفاته، شرح الهداية المسمى بفتح القدير والتحرير في الأصول. انظر: الهندي: محمد بن عبدالحي اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د.ط، ص١٨٠-١٨١.

(٣) امير باد شاه: محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لابن الهمام الاسكندري، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، د.ط، ج٤، ص١٧٨-١٧٩.

(٤) ابن الحاجب: جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر يونس المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم السكندري، ولد سنة ٥٧٠هـ وتوفي سنة ٦٤٦هـ، فقيه واصولي، له مصنفات جليلة، اهمها مختصره في أصول الفقه، والكافية في النحو، والشافية في التصريف، والمقصد الجليل في علم الخليل. انظر: مخلوف: محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، طبعة جديدة بالاوفست عن الطبعة الاولى، ١٣٤٩هـ، المطبعة السلفية ومكتباتها، ص١٦٧-١٦٨.

(٥) ابن الحاجب: عثمان بن عمر، حاشية سعد الدين التفتازاني وحاشية الشريف الجرجاني على شرح القاضي عضد الملة والدين، لمختصر المنتهى الأصول للإمام ابن الحاجب المالكي مع حاشية حسن الهروي على حاشية السيد الجرجاني، مراجعة شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الازهرية، طبعة ١٢٩٣هـ-١٩٧٣م، ج٢، ص٢٨٩.

وعرفه الغزالي[1] بأنه:"مخصوص ببذل المجهود في طلب العلم بأحكام الشريعة".[2]

وعرفه الطوفي [3] بأنه:" بذل الجهد في تعرف الحكم الشرعي"[4] .

وعرفه من المحدثين محمد أبو زهرة وعبدالله دراز بأنه": استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع أما في استنباط الأحكام الشرعية، واما في تطبيقها.[5]

وهذا يعني حسب تعريفهما أن هناك نوعين من الاجتهاد:

النوع الأول: وهو الاجتهاد الكامل والخاص في استنباط الأحكام الشرعية.

النوع الثاني: وهو الاجتهاد الخاص بتطبيق هذه الأحكام على الوقائع والحوادث التي تحصل مع الناس.[6]

بيان مفردات هذه التعريفات:

فقولنا بذل الوسع أو استفراغ الوسع للجنس[7] تشمل البذل من الفقيه ومن غيره، كما تشمل المعني اللغوي والأصولي[8] كما خرج بقولنا الوسع اجتهاد

---

[1] الغزالي:محمد بن محمد بن محمد بن احمد الطوسي أبو حامد ولد سنة ٤٥٠هـ وتوفي ٥٠٥هـ عالم وأصولي حجة الإسلام والمسلمين، له تصانيف كثيرة جدا منها: إحياء علوم الدين، والوسيط والبسيط والمستصفى والمنخول.

[2] الغزالي: محمد بن محمد بن محمد ابو حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق د. محمد سليمان الاشقر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ج٢، ص٣٨٢.

[3] الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن عبدالكريم، ولد سنة ٦٥٧هـ توفي ٧١٦هـ، برع في كثير من العلوم منها : أصول الدين والجدل والتفسير والحديث والنحو والاصول له مصنفات كثيرة منها: الاكسير في قواعد التفسير وشرح الاربعين النووية وشذرات الذهب. انظر: ابن رجب: ابو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين احمد، كتاب الذيل على طبقات الحنابلة، تحقيق هنري لاووست وسامي الدهان، ج٦، ص٣٩.

[4] الطوفي: سليمان بن عبدالقوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٩٨م، ج٣، ص٥٧٥.

[5] أبو زهرة: محمد ، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د.ط، د.ت، ص٣٧٩. دراز: عبدالله، شرح عبدالله دراز على الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، د.ط، ج٤، ص٨٩.

[6] ابو زهرة: أصول الفقه، ص٣٧٩.

[7] الاسنوي: نهاية السول، ج٤، ص٥٢٥.

[8] الآمدي: علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق د. السيد الجميلي، دار الكتاب العربي، ط٢،

المقصر الذي لم يبذل وسعه، كما خرج أيضا الأحكام التي تحصل بمجرد النظر والتي لا تحتاج إلى بذل وسع والتي تعرف من ظواهر النصوص.[١]

وقولنا في طلب الظن أو العلم بحكم شرعي: فقد ذهب اكثر الأصوليين إلى انه طلب ظنٍ بحكم شرعي، بينما ذهب الغزالي إلى انه طلب علم بحكم شرعي.

ومعلوم أن اكثر أحكام الفقه ظنية وليست قطعية، ومع ذلك قيده الغزالي – رحمه الله– بالعلم؛ الا إذا أراد أن المقصود بالعلم اكثر من أن يكون علما أو ظنا أو أراد بالعلم العلم الوجداني.[٢]

الا إن استخدام

كلمة ظن هي اكثر دقة وانطباقاً على حقيقة الأحكام الشرعية.

وقولنا بشيء من الأحكام الشرعية: خرج به بذل الجهد في الأمور الحسية والعقلية واللغوية[٣] فان ذلك لا يسمى اجتهاداً في اصطلاح الفقهاء.

وقولنا بطريق الاستنباط: يخرج به الأحكام الظاهرة من النصوص والأحكام الحاصلة للشخص بحفظ المسائل أو استعلامها من العلماء أو الرجوع إليها في كتب العلم، فان ذلك كله لا يسمى اجتهاداً[٤].

وقيد بعض العلماء البذل: بان يكون من الفقيه، بينما أطلق بعضهم ولم يقيده بذلك، واعترض على هذا القيد: بان فيه دوراً؛ الا أن هذا القيد يخرج بذل الوسع من غير الفقيه، فان بذل الوسع من غير الفقيه لا يسمى اجتهاداً أيضا[٥] .

أما *المنهج الثاني*: والذي يرى أن الاجتهاد ملكة فقد عرفه الشيعة بأنه:" ملكة

١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ج٤، ص١٦٩.

[١] الشوكاني: محمد بن علي، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق د. شعبان محمد اسماعيل، دار الكتب، د.ط، ج٢، ص٢٩٥-٢٩٦.

[٢] شمس الدين: محمد مهدي، الاجتهاد والتقليد بحث فقهي استدلالي مقارن، المؤسسة الدولية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص٧٢.

[٣] الاسنوي: نهاية السول، ج٤، ص٥٢٥.

[٤] الشوكاني: ارشاد الفحول، ج٢، ص٢٩٦.

[٥] الشوكاني: ارشاد الفحول، ج٢، ص٢٩٦.

يقتدر بها على استنباط الحكم الشرعي الفرعي من الأصل".[1]

والملَكة هي: تلك القوة الحاصلة من معرفة العلوم التي يتوقف عليها الاستنباط[2] .

أو هي: صفة عقلية و نفسية راسخة تؤهل واجدها لذلك. [3]

وبعد استعراض هذه التعاريف فان الباحث يرى أن المنهج الأول لتعريف الاجتهاد هو التعريف الراجح وانه التعريف الذي ينطبق فعلا على الاجتهاد بعد انتهاء عصر الاجتهاد المطلق واصحابه، حيث لم يعد في هذا العصر وجود لهم.

كما أن من يجتهد في بعض المسائل لا يلزم منه أن يجتهد في كل أبواب الفقه، ومن يستطيع استنباط حكماً شرعياً لا يلزم منه أن يستنبط الأحكام في جميع أبواب الفقه.

كما يرى الباحث أن التعريف الذي ذكره محمد أبو زهرة وعبدالله دراز والذي شمل الاجتهاد باستنباط الأحكام وتطبيقها هو التعريف الأكثر انسجاماً وتوافقاً مع موضوع هذه الرسالة، حيث أن معظم اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية هو في باب الاجتهاد في تطبيق الأحكام لا في استنباطها.

والأصل ان الاجتهاد فردي يقوم به من تحققت فيه شروط المجتهد، وقد يكون جماعياً بحيث يستنبط الحكم الشرعي جماعة من العلماء توفرت فيهم شرائط الاجتهاد، بعد التشاور فيما بينهم في المسائل المطروحة عليهم،[4] أو في تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع أو الحوادث المستجدة.

---

(1) الصدر: الاجتهاد والتقليد، ص٢١. شمس الدين: الاجتهاد والتقليد، ص٧٢. نقلاً عن زبدة الأصول، ص١١٥.

(2) الصدر: الاجتهاد والتقليد، ص٢١.

(3) شمس الدين: الاجتهاد والتقليد، ص٧١.

(4) اسماعيل: شعبان محمد، الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، دار البشائر الاسلامية، بيروت، دار الصابوني، سوريا، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٢١.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي

وظيفة القضاء هي: فصل الخصومات، وحسم المنازعات والنظر في قضايا الناس، وإيصال الحقوق إلى أربابها، وإنصاف المظلوم، والأخذ على يد الظالم.

وعرّف القضاء بأنه:"فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص".(١)

وقد اشترط الفقهاء فيمن يتولى القضاء أن يكون مجتهداً، وحجتهم في ذلك أن القضاء آكد من الإفتاء؛ لانه إفتاء والزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلِّداً، فالقاضي أولى أن لا يكون مقلدا، واحتجوا لذلك بقوله تعالى:{ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّهُ }(٢) حيث أن ما انزل الله يعرفه المجتهد لا المقلد.(٣)

ومن المعروف أن المجتهد المطلق لم يعد له وجود في زماننا هذا، واصبح يتولى القضاء أناس غير مؤهلين للاجتهاد، لهم معرفة بسيطة بالعلوم الشرعية، وقلما تجد منهم من هو على دراية بالأحكام الشرعية.

والاجتهاد ينصب على مجالين:

الأول: استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها.

الثاني: تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع والحوادث.

ويلاحظ أن القضاة في الوقت الحاضر اقتصروا في اجتهادهم على الجانب التطبيقي، بحيث طبقوا الحكم الشرعي على الوقائع المعروضة عليهم، واما مجال استنباط الأحكام فهم اقرب فيه إلى التقليد منه إلى الاجتهاد، وهم أجمالا غير مؤهلين علمياً لاستنباط الأحكام.

وفي ضوء ذلك فقد عرف بعض العلماء الاجتهاد القضائي:"المسلك الذي

---

(١) ابن عابدين: محمد امين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ويليه تكملة ابن عابدين نجل المؤلف، دار الفكر، ط٢، ١٣٣٦هـ-١٩٦٦م، ، ج٥، ص١٥٢.

(٢)سورة المائدة الآية ٤٩.

(٣) ابن قدامه: ابو محمد عبدالله احمد بن محمد، المغني، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، وعبدالفتاح محمد الحلو، هجر، للطباعة والنشر، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، مصححه ومنقحه، ، ج٩، ص٤٠.

يتبعه القضاة في استنباط الأحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية على الوقائع والحوادث، وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريعها على اصولها، والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم".[١]

وبهذا نلاحظ أن الاجتهاد القضائي محصور في الدعاوى والوقائع والحوادث والنوازل المعروضة على المحاكم فقط، وليس اجتهاداً عاماً كما هو الحال في الاجتهاد الفقهي، فهو اجتهاد مختص ومحصور بالأحكام الصادرة عن القضاة في الدعاوى المعروضة عليهم.[٢]

وهذا الاجتهاد القضائي لا يمكن ان ينقطع باتفاق العلماء، وهو باقٍ إلى ان يرتفع اصل التكليف، ويرث الله الأرض ومن عليها،[٣] وهو ما يعرف عند علماء الأصول بتحقيق المناط،[٤] أي النظر في تطبيق الأحكام وانزالها على الجزئيات والوقائع والحوادث[٥].

والناظر في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٦ الذي قرر في المادة (١٨٣) "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"، يجد انه قد اقر بعض الأحكام مما لم يقل بها أحد من العلماء ، وان هناك مسائل وأحكاما لها اصل فقهي الا أن القانون قيدها بقيود واشترط بها شروطاً لم يقل بها أحد من الفقهاء، وان هناك مسائل وأحكاما أخذها القانون من المذاهب الفقهية الإسلامية غير الحنفية، والحنفية لا يقولون بها، وجميع هذه المسائل لا تجد لها علاجاً في المذهب الحنفي، وعندما تعرض في هذه المسائل

---

[١] مدكور: محمد سلام، منهاج الاجتهاد في الإسلام والأحكام الفقهية والعقائدية، الناشر جامعة الكويت، ط١، ١٩٧٣، ج٢، ص٣٣٨. محمصاني: صبحي، المجتهدون في القضاء من اقضية السلف، دار العلم للملايين، ط١، ١٩٨٠، ص٧-٨.

[٢] محمصاني: المجتهدون في القضاء، ص٨.

[٣] دراز: شرح عبدالله دراز على الموافقات، ج٤، ص٨٩.

[٤] الشاطبي: ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، د.ط، د.ن، ج٤، ص٩٠.

[٥] دراز: شرح عبدالله دراز على الموافقات، ج٤، ص٩٠.

المستمدة من غير المذهب الحنفي حوادث جديدة لم ينص القانون عليها فانه يتوجب على القاضي الرجوع إلى المذهب الحنفي، عملا بنص المادة (١٨٣) ولا يجد حلاً أو علاجاً فيه لما استجد أمامه، فيضطر إلى الرجوع لغيره من المذاهب، وبذلك يمكن تطبيق واعمال نص المادة (١٨٣) من القانون في حالتين هما:

الحالة الأولى: في المسائل التي اخذ القانون اصلها الفقهي من المذهب الحنفي.

الحالة الثانية: في المسائل التي أغفلها القانون ولم يتطرق لها ابتداء مثل التفريق للردة وفسخ عقد الزواج للرضاع المحرِّم.

ولا يمكن تطبيق نص المادة فيما استجد من حوادث في حالات ثلاث:

الحالة الأولى: فيما استجد من حوادث مما استمده القانون من المذاهب الأخرى غير الحنفية .

الحالة الثانية: فيما أقره القانون وليس له اصل فقهي.

الحالة الثالثة: فيما له اصل فقهي الا أن القانون قيده بقيود وضوابط من غير المذهب الحنفي.

والقانون المدني الأردني واجب التطبيق كما قرر في المادة (١٤٤٩)[١] الا فيما يتعارض مع القوانين الخاصة[٢] كما قررت ذلك الفقرة (٢) من المادة (١٤٤٨) التي تنص "عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة" حيث يُعد القانون المدني الشريعة العامة في تنظيم علاقات القانون الخاص، أي انه يُعد المرجع العام الذي يرجع إليه عند عدم وجود قواعد خاصة في فروع القانون الخاص الأخرى[٣]. والقانون المدني لم يلتزم في أحكام مواده بمذهب معين وانما اخذ أحكامه من مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية.

---

(١) تنص المادة (١٤٤٩) "رئيس الوزراء والوزراء كل في نطاق اختصاصه مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون".

(٢) القانون الخاص"مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الافراد بعضهم ببعض، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عادياً كباقي الاشخاص لا باعتبارها صلاحية سلطة وسيادة". انظر: فرج: توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، ط١، ١٩٨٨م، الدار الجامعية، بيروت، ص٣٩.

(٣) مثل قانون الأحوال الشخصية والعمل والتجارة. انظر: فرج، ص٥٥.

وقانون الأحوال الشخصية قد اغفل كثيرا من المسائل ولم يتعرض لها، مثل أحكام الوصية ومرض الموت والهبة فيه والوقف والإكراه وغير ذلك، والأصل أن يرجع القاضي في أحكام هذه المسائل إلى القانون المدني، طالما لم يتعرض لها قانون الأحوال الشخصية.

بينما جاء القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦[١] اكثر توفيقا في هذا الموضوع من قانون الأحوال الشخصية حيث عالج ذلك في المادة الثانية منه والتي نص على:

"١. تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢. فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣. فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلدٍ معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤. ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر".

ثم ان معرفة رأي الفقه الحنفي والراجح فيه ليس بالأمر السهل الميسور ويحتاج من القاضي إلى معرفة منهجية المذهب ومصطلحاته ومن يعتمد قوله ومن لا يعتمد إذا تعارضت النقول في المذهب، إلى غير ذلك من الأمور التي لا بد من الإحاطة بها، وهذا يحتاج من القاضي إلى النظر وبذل الجهد.

كما ان قانون الأحوال الشخصية والشريعة الإسلامية ذكرا أموراً كلية وقواعد عامة وعبارات مطلقة في كثير من الأحيان ولم ينصا على حكم كل جزئية بذاتها، وعند تطبيق النصوص العامة والكليات على الحوادث والوقائع فان ذلك يتطلب من القاضي النظر والتأمل والاجتهاد للوصول إلى الحكم الشرعي المناسب للواقعة المعروضة.[٢]

---

[١] نشر هذا القانون في العدد (٢٦٤٥) من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

[٢] الشاطبي: الموافقات، ج٤، ص٩٢.

وعليه يمكن تقسيم الاجتهاد القضائي إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: الاجتهاد الصادر في استخراج الحكم الشرعي للقضايا والوقائع والحوادث المعروضة أمام المحاكم، مما لم ينص القانون على حكم لها. ويمكن تقسيم هذا النوع إلى قسمين:

-القسم الأول: الاجتهاد الاستنباطي ويمكن تقسيمه إلى ثلاثة أفرع:

الفرع الأول: الاجتهاد الصادر في المسائل التي لم يسبق للفقهاء أن صدر لهم فيها اجتهاد مع وجود اصل فقهي لها ومثالها: فيما إذا طلبت الزوجة التفريق بينها وبين زوجها للهجر، وادعى الزوج أنها هي التي تركت بيت الزوجية وتسببت بالهجر، فادعت الزوجة أنها تركت البيت كونه غير شرعي. فهل دعواها -والحالة هذه -مسموعة أم لا يجوز لها ترك منزل الزوجية ولو كان غير شرعي ومن ثم طلب التفريق؟.[1]

فهذه المسألة لم تتعرض لها المذاهب الفقهية المختلفة، وعند عرضها أمام المحاكم لا بد من صدور حكم بها، ولا بد للقاضي من الاجتهاد حتى يفصلها بوجه شرعي.

الفرع الثاني: الاجتهاد في مسائل اقرها القانون وليس لها اصل فقهي مطلقاً ومثالها: إقرار حق الزوج في رفع دعوى التفريق للشقاق والنزاع[2] فإذا ما أثير أمام المحاكم أي مستجد في هذا الموضوع لم ينص القانون على حكمه فلا تجد له جواباً لدى الفقهاء لانهم لم يقولوا بها ابتداءً وعندها لا بد من اجتهاد القاضي.

الفرع الثالث: الاجتهاد الصادر في مسائل لها اصل فقهي الا إن القانون قيدها بقيود وضوابط لم يذكرها الفقهاء ومثالها: اشتراط صدور حكم نهائي بالحبس على الزوج لمدة ثلاث سنوات أو اكثر، وان يمضي

---

[1] انظر صفحة (٥١).

[2] انظر صفحة (٦٨).

سنة في السجن لجواز طلب التفريق للحبس[1]. وربما تستجد في بعض المسائل أمور بخصوص هذه القيود والشروط وعندها لا تجد لذلك اصل ففهي يرجع إليه، كما إذا حكم على الزوج بحكم بات بالسجن ثلاث سنوات، ثم يصدر قانون عفو عام يخفض حكم عقوبة السجين لمدة اقل من ثلاث سنوات ويدعي الزوج بذلك ويطلب رد الدعوى لان مدة السجن أصبحت اقل من ثلاث سنوات التي نص عليها القانون، فهل يقبل ادعاء الزوج أم لا يلتفت إليه؟.[2]

فهذه المسائل وأمثالها تحتاج من القاضي إلى الاجتهاد حتى يحكم بها الحكم الشرعي.

-القسم الثاني: الاجتهاد في تطبيق وانزال الحكم الفقهي الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة أمام المحاكم.

ومسائل هذا القسم قد نص عليها الفقهاء وبينوا أحكامها الا أن قانون الأحوال الشخصية لم يتعرض لها وعند عرضها أمام القضاء يكون عمل القاضي واجتهاده فيها منحصرا في معرفة الآراء الفقهية الواردة فيها لمعرفة الرأي الأكثر موافقة للتشريع القانوني فيها ليصار إلى إنزاله على المسألة المعروضة، وليس استنباط حكم شرعي لها، وهذا القسم يختلف عن الاجتهاد الفقهي في انه اجتهاد خاص بتطبيق النص الفقهي على المسائل العملية، وليس استنباطاً للحكم الشرعي.

وقد أشار الباحث إلى أن القانون أوجب في المادة (١٨٣) الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة عند عدم وجود نص فيه، على الرغم من انه قد اخذ برأي المذاهب الفقهية الأخرى في كثير من المسائل والحنفية لم يقولوا بها ابتداء وذلك كالتفريق للغيبة والهجر والعجز عن دفع النفقة والمهر والتفريق للسجن والعيوب المانعة من الدخول بالمرأة والتفريق للشرط، وغير ذلك من المسائل، لذلك عندما تستجد وتثار حوادث ووقائع ونوازل أمام المحاكم لم يعالجها القانون

---

[1] انظر المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية.

[2] انظر صفحة (١٢٠).

ولا علاج لها أيضا في المذهب الحنفي يكون لزاما على القاضي الرجوع فيها إلى المذهب الفقهي الذي استمد منه القانون اصل المادة لمعرفة الآراء الفقهية في الواقعة المعروضة وتحديد الرأي الأنسب للتشريع، ومن ثم إنزال الحكم الشرعي على الواقعة المعروضة. ومثال ذلك: كما إذا طلبت الزوجة التفريق لغياب زوجها عنها، فادعى الزوج أن غيابه كان لسببٍ مشروع كالعمل مثلا، فهل يقبل قول الزوج على إطلاقه، أم لا بد من شروط وضوابط يجب أن تتحقق حتى يُعد عمل الزوج سبباً مشروعاً لغيابه؟.(١)

وكما أسلفنا فان قانون الأحوال الشخصية قد اغفل كثيرا من المسائل ولم يتعرض لها مطلقاً وهذه المسائل يجب أن يطبق فيها الراجح من مذهب الحنفية وفق نص المادة، وعندما تعرض مثل هذه المسائل فلا بد للقاضي من الرجوع إلى المذهب الحنفي لمعرفة الرأي الراجح فيها، فمنها ما يكون متفقا على حكمه في المذهب كمقدار الرضاع المحرم(٢) ، ونوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب أباء الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها،(٣) ووجوب العدة من الخلوة الصحيحة بعد العقد الصحيح وقبل الدخول.(٤)

وقد يختلف الحكم في المذهب في المسألة الواحدة-وهو غالبا ما يحدث- لذا لا بد من معرفة الرأي الراجح في المذهب كما في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجته، فهل هي فرقة طلاق كما هو عليه جمهور الحنفية، أم فرقة فسخ كما قال أبو يوسف(٥).

وكذلك الحال في الوقت الذي ينتهي فيه سن الرضاع المحرم فهل يحكم القاضي برأي الإمام الذي جعله ثلاثين شهراً أم برأي الصاحبين اللذين جعلاه

---

(١) انظر صفحة (٥٥).

(٢) انظر صفحة (٢٠٤)

(٣) انظر صفحة (١٣٧).

(٤) انظر صفحة (١١١).

(٥) انظر صفحة (١٣٧).

حولين، أم برأي زفر[1] الذي اعتبره ثلاث سنوات[2].

وهذا يحتاج إلى علم ودراية بالمذهب وكتبه وطرق ترجيحه ويحتاج من القاضي إلى بذل الجهد والنظر والبحث للوصول إليه.

النوع الثاني من الاجتهاد: الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها على الحوادث والوقائع.

النصوص القانونية عامة، ينطوي تحتها حالات لا حصر لها، وعند تطبيق النص القانوني على الحوادث والقضايا المعروضة ، يتوجب أولا فهم النص القانوني وتفسيره، إذ قد يرد خطا مادي في النص أو غموض في عبارته أو قد تكون ألفاظه خفية أو مجملة، أو قد تكون العبارة ناقصة، وعند ذلك لا بد من توضيح الغموض ورفع الإبهام عن معنى النص، وتحديد معنى النص والتوفيق بين النصوص المتعارضة وتكميل ما نقص من أحكام القانون.[3]

ولتفسير النصوص القانونية ثلاثة مصادر:

المصدر الأول: التفسير التشريعي

وهو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه، بحيث يقوم بتوضيح النص القانوني وتحديد معناه وإزالة الغموض عنه، وهذا التفسير ملزمٌ للمحاكم، وله طريقان:

الطريق الأول: أن يصدر المشرع تفسيرا لمادة القانونية مع نفس القانون.

الطريق الثاني: أن يفسر المشرع للمادة القانونية في وقت لاحق، حيث يحصل خلاف في تفسير المادة بين المحاكم، فيقوم المشرع بتفسيرها.[4]

---

(1) زفر بن الهذيل بن قيس البصري، ولد في سنة ١١٠هـ وتوفي ١٥٨هـ، أحد أصحاب أبي حنيفة، جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي. انظر: الهندي: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص٧٥.

(2) انظر صفحة (٢٠٥).

(3) فرج: المدخل للعلوم القانونية، ص٣٩٠. الزعبي: خالد، الفضل: منذر، المدخل إلى العلوم القانونية، الطابعون، المركز العربي للخدمات الطلابية، ط١، ١٩٩٥، ص١١٣. شحاده: محمد وجيه، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨١م، ص٩١.

(4) شحاده: المدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الالتزام، ص٩١. فرج: المدخل إلى العلوم القانونية، ص٣٩٢.

المصدر الثاني: التفسير القضائي:

وهو التفسير الذي يقوم به القضاة أثناء نظر الدعاوى التي ترفع اليهم؛ ليتوصلوا إلى معرفة حكم القانون في تلك الدعاوى، فعندما ترفع الدعوى إلى القاضي، وقبل أن يطبق النص القانوني عليها، لا بد له من فهم النص، ومتى احتاج النص إلى تفسير فلا بد له من تفسيره، وتحديد المعنى الذي تتضمنه المادة القانونية، ومن ثم إنزال حكم النص على الواقعة.

وهذا الاجتهاد محصور وخاص في القضايا والوقائع المعروضة أمام المحكمة ويسعى إليه القاضي من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم، ليتمكن من السير بإجراءات التقاضي والسير بالدعوى، وهذا الاجتهاد غير ملزمٍ من الناحية القانونية للقاضي نفسه في قضية لاحقة مماثلة ولا لغيرة من القضاة، ويتصف هذا التفسير، بتأثره بالظروف المحيطة بالقضية، حيث انه تفسير عملي.(١)

وقانون الأحوال الشخصية استمد أحكامه من الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، ولم يلتزم مذهباً بعينه، وعند وجود مادة قانونية بحاجة إلى تفسير، يرجع في تفسيرها إلى أحكام المذهب الذي استمد منه اصل المادة، وهو ما يعرف بالمصدر التاريخي للتفسير، أي الأصل الذي استمد منه المشرع حكم المادة .(٢)

يضاف إلى ذلك ولكي يكون تفسير القاضي سليما وصحيحا، لا بد له من الإحاطة بدلالات النصوص، ومعاني اللغة ومصطلحات الفقه وعلم أصول الفقه، كما عليه ان يرجع إلى الأسباب الموجبة لوضع النص والمذكرة الإيضاحية إن وجدت كما انه يستعين بالتفسير التشريعي والفقهي لكي يفهم قصد المشرع.(٣)

ومثال ذلك: تفسير لفظ الضرر الذي جاء مجملا في القانون في المادة

---

(١) شحاده: المدخل الىالعلوم القانونية ونظرية الالتزام، ص٩١. فرج: المدخل إلى العلوم القانونية، ص٣٩٨. سعد: نبيل ابراهيم واخرون، المدخل إلى العلوم القانونية؟، الدار الجامعية، ١٩٩٢م، ص١٨٤.

(٢) العبدالله: محمد، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ط٧، ١٩٩٦، ص١٤٨.

(٣) احمد: محمد شريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، د.ط، ص٢٩٤.

(١٢٣) بأنه فوات العشرة الزوجية.[١]

المصدر الثالث: التفسير الفقهي

وهو الذي يقوم به العلماء والباحثون في مؤلفاتهم وأبحاثهم بحيث يقوموا باستخلاص مقصد القانون ومراده من النص التشريعي، وهذا التفسير لا يلزم أحداً من الناحية القانونية، ولا يتأثر بالظروف الواقعية للقضايا والحوادث.[٢]

النوع الثالث: الاجتهاد في تطبيق النصوص الفقهية على الوقائع والحوادث المعروضة على المحاكم.

الشريعة الإسلامية أتت بقواعد عامة وأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول حالات لا حصر لها، وهناك أمور تقديرية، واوصاف عامة لم تنص الشريعة على حكم كل جزئية على حدتها، ولكل حالة أو حادثة خصوصية ليست في غيرها.[٣]

فإذا أراد القاضي التحقق من وصف العدالة في الشاهد، فان هناك طرفا أعلى في العدالة، بحيث يكون هذا الوصف محقق الوجود في صاحبها كأبي بكر رضي الله عنه ، وطرف أدنى تكون عدالته ساقطة كالمحدودين، وبين هذين الطرفين مراتب كثيرة لا حد لها، ولا بد فيها للقاضي من بذل الجهد والنظر في حال الشاهد والى أي الطرفين اقرب.[٤]

ومن أمثلة ذلك أيضا فيما إذا طعن المشهود عليه بالشاهد بوجود عداوة دنيوية بينهما حملته على الشهادة عليه، فلا بد ان يدعي سببا لهذه العداوة وحوادث تدل عليها، وهناك أسباب تشكل طرفا أعلى للعداوة، تدل قطعا على وجودها، كأن يقتل أحدهما ابن الأخر عمداً، وهناك أسباب تخرج عن أن تكون سبباً للعداوة وتشكل طرفاً أدنى ولا يمكن أن يتشكل عنها عداوة كأن يطلب أحدهما حقه من الأخر، وبين هذين الطرفين أسباب كثيرة يدعى بأنها سبب للعداوة تحتاج إلى نظر

---

[١] انظر صفحة (٤٩).

[٢] شحاده: المدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الالتزام، ص٩١.

[٣] الشاطبي: الموافقات، ج٤، ص٩٢.

[٤] الشاطبي: الموافقات، ج٤، ص٩٠.

القاضي وبذل وسعه وجهده بها ليلحقها بأحد الطرفين.

ومنها أيضا عندما تدعي الزوجة أن زوجها غير أمين عليها وأنها لا تستطيع أن تساكنه بسبب ذلك، وتذكر وقائع وحوادث تدلل بها على عدم أمانته عليها، فان هناك حوادث تمثل طرفا أعلى في عدم أمانته عليها كمحاولته قتلها، وهناك حوادث تشكل طرفا ادني تخرج عن كونها سببا لعدم الأمانة، كمنعه لها من الخروج إلى بعض الأماكن حفاظا عليها، وبين هذين الطرفين صور ووقائع كثيرة تحتاج إلى النظر وبذل الجهد لإلحاقها بأحد الطرفين.

وعند تقدير النفقات للزوجة والأصول والفروع والأقارب، فلا بد من النظر إلى حال المنفق، والمنفق عليه، والوقت الذي تفرض فيه وحال الأسعار من ارتفاع أو اعتدال إلى غير ذلك مما له تعلق بمقدار النفقة ومثل هذه الأمور أمور تقديرية تخضع لاجتهاد القاضي ونظره، وكل حالة إنما هي نازلة مستأنفة في نسفها لم يتقدم لها نظير، وان تقدم فلا بد من النظر في كونها كالمتقدمة.[١]

النوع الرابع: الاجتهاد الصادر في إجراءات السير في الدعوى من رفعها إلى إصدار الحكم بها.

عند رفع الدعوى يصدر القاضي فيها قرارات كثيرة وذلك ليتمكن من السير بها وتسهيل إجراءات التقاضي، ويعطي المتخاصمين الفرصة الكافية لبسط ادعاءاتهم والدفاع عن حقوقهم، لكي تتضح له ظروف الدعوى وملابستها، وبالتالي إصدار الحكم العادل بها وفق الأصول القضائية السليمة.

وقد نظم قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩ كيفية السير بالدعوى وإجراءات التقاضي، الا أن هذا القانون كغيره من القوانين جاء بكليات وعموميات وقواعد عامة، تنطبق على جميع الدعاوى، الا ان لكل دعوى خصوصيتها وعناصرها، إضافة إلى إغفاله كثيرا من الأمور وتركها لاجتهاد القاضي وللأصول القضائية المقررة في كتب الفقه واصول المحاكمات.

---

[١] الشاطبي: الموافقات، ج٤، ص٩٢.

فعند رفع الدعوى ونظرها من القاضي، فعلى القاضي وقبل سؤال الخصم عنها ان يقرر فيما إذا كانت الدعوى واضحة أم لا ؟ فإذا كانت غير واضحة سال المدعي عما أغفله شريطة الا يزيده ذلك علما،[١] وقرار القاضي بان الدعوى لا زالت غامضة أو أنها لا تزال ناقصة يعد اجتهاداً منه يحتاج إلى نظره وتقديره وقد تشتمل الدعوى على تناقض، والتناقض يمنع صحة الدعوى وقرار القاضي بوجود التناقض ما هو الا اجتهاد منه، وكذلك قراراه بصحة الدعوى ووضوحها خاضع لاجتهاده وتقديره.

وعند إجابة الخصم على الدعوى فان إجابته أما أن تكون إقرارا بها، أو إنكارا لها أو دفعا لها،[٢] وتصنيف إجابته بأنها إقرار أو إنكار أو دفع لها يُعد اجتهاداً من القاضي.

وقد يكون القاضي أمام جوابين متعارضين أو متناقضين في الادعاء نفسه كما إذا ادعى الزوج ان النفقة المقدرة للصغار تكفيهم، وتدعي الزوجة حاضنتهم بأنها اقل من مقدار كفايتهم. وكإدعاء الزوج بان العقد صحيح وادعاء الزوجة بفساده[٣] فأي المدعيين يكلف بإثبات ادعاءه مدعي الصحة أو مدعي الفساد؟ فان قرار القاضي تكليف أي من المدعيين إثبات مدعاه أولا يحتاج إلى نظره وبحثه واجتهاده على ضوء ما قررته أصول المحاكمات الشرعية.

---

[١] انظر المادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

[٢] ابن أبي الدم: ابو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الحمداني الحموي، كتاب أدب القاضي، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ج١، ص١٧٢.

[٣] انظر صفحة (٢٢٢).

المطلب الثالث: التعريف بمحكمة الاستئناف الشرعية وواجباتها

عرّف الدكتور عبدالناصر أبو البصل محكمة الاستئناف الشرعية بأنها: "المحكمة العليا الشرعية، والجهة الوحيدة للطعن في الأحكام في المملكة فيما يتعلق بالأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية".[1]

ومن تدقيق النظر في هذا التعريف نجد أن حصر الطعن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية بمحكمة الاستئناف غير دقيق، إذ يجوز الطعن بهذه الأحكام والقرارات لدى نفس المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم أو القرار وذلك بطريق الاعتراض على الحكم، أو اعتراض الغير واعادة المحاكمة.

وعليه فان الباحث يرى ان تعرف محكمة الاستئناف الشرعية بأنها: "المحكمة العليا الشرعية والجهة الوحيدة لتدقيق والنظر بالطعن بالأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية، لغير المحكمة التي أصدرت هذه القرارات والأحكام".

وبهذا يتضح انه لا يجوز الطعن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الا لدى نفس المحكمة الابتدائية التي أصدرت هذه الأحكام ومحكمة الاستئناف الشرعية حيث يطعن لدى المحكمة المصدرة للحكم بطريق الاعتراض العادي واعتراض الغير واعادة المحاكمة، ويطعن بها لدى محكمة الاستئناف الشرعية بطريق الاستئناف، الا أن ما يصدر عن المحكمة الابتدائية من قرارات وأحكام في الاعتراض العادي واعتراض الغير واعادة المحاكمة يجوز الطعن بها لدى محكمة الاستئناف الشرعية، وما يصدر عن محكمة الاستئناف الشرعية من أحكام وقرارات لا يجوز الطعن بها بالطرق العادية كالاعتراض والتميز ولكن يجوز الطعن بها بالطرق غير العادية كإعادة المحاكمة واعتراض الغير، وكلاهما يقدم إلى المحكمة التي صدر عنها الحكم.

---

(1) ابو البصل: عبدالناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (النظام القضائي الشرعي)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ص١١٠، واصل هذا الكتاب رسالة ماجستير مقدمة في الجامعة الأردنية.

ومحكمة الاستئناف الشرعية تنظر في القرارات والأحكام المستأنفة تدقيقا دون حضور الخصوم، ويجوز لها أن تنظر في القضايا المستأنفة مرافعة وبحضور المتخاصمين في حالتين:

الحالة الأولى: إذا قررت سماع الاستئناف مرافعة من تلقاء نفسها، ودون طلب الخصوم.

الحالة الثانية: إذا طلب أحد الخصوم رؤية الاستئناف مرافعة، وقررت محكمة الاستئناف إجابة طلبه، ولمحكمة الاستئناف رفض الطلب، وفي هذه الحالة يجب عليها أن تدرج في القرار أسباب الرفض.(١)

وتنعقد محكمة الاستئناف الشرعية من ثلاثة قضاة، في الأعم الأغلب في الأحوال العادية، رئيس للهيئة وعضوين، وفي حال سبق صدور أحكام استئنافية متناقضة في ذات الموضوع، أو قررت المحكمة العدول عن الاجتهاد السابق الذي سارت عليه، واتباع مبدأ معين جديد فيجب أن تعقد المحكمة من خمسة قضاة،(٢) ويسمى القرار الصادر عنها في هذه الحالة قرارا خماسيا، ولهذا القرار قوة القانون بحيث لا يجوز مخالفته، وهو ملزم لقضاة المحاكم الاستئنافية وقضاة المحاكم الابتدائية باتباعه، ويجوز لمحكمة الاستئناف العدول عما قررته فيه بقرار خماسي آخر، وجميع قرارات محكمة الاستئناف الشرعية تصدر بالأغلبية(٣) وتكون قراراتها واحكامها قطعية، لا يجوز الطعن بها بالطرق العادية كما أسلفنا.

ويوجد في المملكة الأردنية الهاشمية محكمتا استئناف شرعيتين(٤) الأولى في عمان، وهي مختصة بنظر جميع الدعاوى والأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية في الضفة الشرقية من المملكة، والثانية في القدس، ومختصة

---

(١) انظر المادة (١٤٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(٢) انظر المادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(٣) انظر الفقرة "ب" من المادة (٢١) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية لسنة ١٩٧٢م.

(٤) العمل جار على فتح محكمة استئناف شرعية ثالثة في مدينة اربد، ومن المنتظر ان تباشر قبل نهاية هذا العام.

بنظر الدعاوى والأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية في الضفة الغربية،[1] الا انه وبعد قيام السلطة الوطنية الفلسطينية في الضفة الغربية فقد أصبحت هذه المحاكم تابعة للسلطة الوطنية الفلسطينية، ولم يبق منها ما يتبع للمملكة الأردنية الهاشمية سوى محكمة القدس الشرعية فقط، ولا تنظر محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في القدس الا في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الشرعية الابتدائية في القدس.

تتكون محكمة الاستئناف الشرعية في عمان من عدة هيئات، تتشكل كل هيئة من رئيس وعضوين في الأحوال العادية، وفي حال غياب رئيس الهيئة تنعقد برئاسة القاضي الذي يلي الرئيس في الدرجة.

والأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية، أحكام قطعية لا يجوز الطعن بها لدى أي مرجع قضائي، بحيث يحوز الحكم الصادر عنها قوة القضية المقضية، ولا يمنع ذلك من الطعن بها بالطرق غير العادية.

ومحكمة الاستئناف الشرعية محكمة رقابة على تطبيق القانون، وعملها هذا يشبه إلى حد كبير عمل محكمة التمييز،[2] وهي تنظر في جميع القرارات والأحكام التي تصدرها المحاكم الشرعية الابتدائية التي تستأنف من قبل أطراف الدعوى، حيث انه من حق أي طرف في الدعوى أن يستأنف القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً، ومن تاريخ تبلغ الحكم إذا كان غيابياً،[3] كما تنظر في جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والتي يتعلق بها حق الله تعالى، ولو لم يستأنفها أطراف الدعوى، ولا تكتسب هذه الأحكام الدرجة القطعية الا إذا صدقت من قبل محكمة الاستئناف الشرعية،[4] فيجب على المحكمة الابتدائية ان ترفع هذه الدعاوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية بعد مضي ثلاثين يوماً على صدور الحكم فيها، إذا كان وجاهياً، وبعد مضي ثلاثين يوماً على تبلغ أطرافها، إذا كان غيابياً،

[1] انظر المادة (٤) من نظام محاكم الاستئناف الشرعية لسنة ١٩٧٧م.

[2] ابو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص٢١٥.

[3] انظر المادة (١٣٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

[4] انظر المادة (١٣٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

كان وجاهياً، وبعد مضي ثلاثين يوماً على تبلغ أطرافها، إذا كـان غيابيـاً، الا إذا استأنفت هذه الأحكام من قبل الخصوم فإنها لا تستأنف مرة اخرى، وقـد حـددت المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية القضايا التي ترفع إلى محكمة الاستئناف وان لم يستأنفها الخصوم والتي تنص "ترفع المحاكم البدائية إلى محكمـة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين، وفـاقدي الأهليـة، وعلـى الوقف، وبيت المال، وأحكام فسخ النكاح، والتفريق، والطلاق، والرضاع المـانع للزوجية، والإمهال للعنة والجنون، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى لتدقيقها، وذلك بعد مضي ثلاثين يوما من صدور الحكم، ويشـترط فـي ذلـك الا يكـون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها".

ومحكمة الاستئناف عند نظرها للقضايا المستأنفة تنظرها كاملة من أولها إلى أخرها، وتدقق جميع القرارات الصادرة فيها، حيث ان جميـع مـا يصـدر عـن المحكمة الابتدائية خاضع للاستئناف،[1] الا انه لا يجوز استئناف هـذه القـرارات استقلالاً، بل تستأنف عند صدور الحكم بالدعوى، وقد استثنى القانون مـن ذلـك جواز استئناف بعض القرارات استقلالا قبل الفصل في الدعوى وهذه القـرارات هي: قرار الوظيفة[2] والصلاحية المكانية[3] ومرور الزمن.[4]

وبالنتيجة فان كان حكم المحكمة الابتدائية موافقاً للوجه الشرعي والأصـول

---

[1] التكروري: عثمان، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ١٩٩٧م، ص١٤٠.

[2] الوظيفة: هي ولاية المحكمة في النظر في نوع معين من الدعاوى أو سلطة الحكم وفق القانون في نـزاع معين. عباس: عبدالهادي، الاختصاص القضائي وأشكاله، ط١، ١٩٨٣، ص١٤٥. الانطـاكي: رزق الله، أصول المحاكمات المدنية، د.ط، ص٢٣١.

[3] الصلاحية المكانية: هي توزيع الاختصاص توزيعاً جغرافياً بين المحاكم المختلفة المنتشرة في أنحاء الدولة ومراعاة نصيب كل محكمة من محاكم درجة معينة من ولاية القضاء، وذلك تبعاً للمكـان المعيـن لـهذه المحاكم وشمول دائرة اختصاصها. عباس: الاختصاص القضائي وأشكاله، ص١٤٧.

[4] مرور الزمن: عبارة عن منع سماع الدعوى بعد ان تركت مدة معلومة. باز: سليم رستم، شرح المجلـة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط٣، مصححة ومزيده، ج٢، ص٩٨٣.

القانونية فان محكمة الاستئناف الشرعية تصدق الحكم، وإذا كان في إجراءات المحاكمة بعض النواقص الشكلية، أو كانت القرارات التي أصدرتها المحكمة الابتدائية مخالفة للأصول مما يمكن تداركه واصلاحه بحيث لا تؤثر تلك الإجراءات والأخطاء على الحكم المستئانف من حيث النتيجة فإنها أيضا تصدق الحكم المستأنف، وتنبّه المحكمة الابتدائية لهذه النواقص والأخطاء، أما إذا كانت هذه الأخطاء والنواقص لا يمكن تداركها، أو كان الحكم مخالفا للوجه الشرعي والقانوني فان محكمة الاستئناف تفسخ الحكم أو تعدله،[١] فإذا فسخ الحكم كله أو بعضه وكانت القضية صالحة للفصل تكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها، وتتم الإجراءات وتحكم في الدعوى أو تعدل حكم المحكمة الابتدائية،[٢] وفي حال فسخ الحكم وعدم صلاحية الدعوى للفصل فان محكمة الاستئناف تعيد الدعوى إلى المحكمة الابتدائية؛ لتعيد الإجراءات فيها بما يوافق الوجه الشرعي والقانوني.

---

[١] انظر المادة (١٤٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

[٢] انظر المادة (١٤٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المطلب الرابع: مفهوم القرارات الاستئنافية وأنواعها

القرارات الاستئنافية قرارات قضائية تصدر عن محكمة الاستئناف، والقرار القضائي هو:"كل ما تصدره المحكمة أثناء نظرها للدعوى من بدايتها وحتى صدور الحكم فيها".(١)

فكل الإجراءات التي تصدرها المحكمة أثناء السير بالدعوى من بدايتها إلى صدور الحكم فيها هي قرارات، فقبول الدعوى قرار، وتأجيلها قرار، واعتبار التبليغ صحيحا قرار، وسؤال الخصم عن الدعوى قرار، وتخريج كلام المدعي عليه بأنه إقرار بالدعوى أو إنكار لها أو دفع لها قرار، وتكليف أحد أطرافها إثبات ما يدعيه قرار، والحكم الصادر في الدعوى قرار، وقرار محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلا أيضا قرار، وتصديق الحكم الصادر فيها أو فسخه أو تعديله قرار،(٢) الا انه القرار الأخير في الدعوى، وقد يطلق على القرار حكم، وعلى الحكم قرار، الا إن شرّاح القانون والباحثين قد درجوا على إطلاق الحكم على القرار الأخير في الدعوى، والذي تنتهي به الخصومة، ولا يطلقون لفظ الحكم على القرارات الصادرة أثناء السير بالدعوى والتي لا تنتهي الخصومة بها، كما انهم يطلقون لفظ القرار على جميع القرارات الصادرة في الدعوى بما في ذلك القرار الأخير المنهي للخصومة.(٣)

وتقسم القرارات الصادرة عن المحاكم إلى نوعين:

---

(١) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٩٤.

(٢) النمر: امينه، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، د.ط، د.ت، ص٢٠٣.

(٣) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٩٤. مبارك: سعيد عبدالكريم، الندوي: آدم وهيب، المرافعات المدنية، منشورات جامعة بغداد، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ص١٩٣. العبودي: عباس، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، منشورات جامعة الموصل، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، ص٣٤٨.

النوع الأول: القرارات القطعية: وهي ما يحسم النزاع في الخصومة كلها أو في شق منها، بحيث لا يجوز للمحكمة المصدرة للحكم ان ترجع عنه.(1)

هذا القرار يحوز بالنسبة للدعوى الصادر فيها حجية القضية المحكوم بها بحيث لا يجوز إعادة طرح ذات النزاع على القضاء ، الا أن هذا لا يعني عدم جواز الطعن به بالطرق القانونية المقررة للطعن وان سمي حكما قطعيا،(٢) وتقسم القرارات القطعية إلى أربعة أقسام هي:

القسم الأول: أحكام ابتدائية وهي: التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى، ويمثلها في القضاء الشرعي الأحكام الصادرة عن المحاكمة الشرعية الابتدائية.

القسم الثاني: أحكام نهائية: هي: ما لا يقبل الطعن بالاستئناف من الأحكام، وهذا النوع من الأحكام غير موجود في القضاء الشرعي، الا ما كان صادرا عن محكمة الاستئناف الشرعية، حيث ان جميع القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية يجوز الطعن بها بطريق الاستئناف.

القسم الثالث: أحكام لا يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية، وطرق الطعن العادية هي: الاعتراض على الأحكام الغيابية والاستئناف،(٣) وطرق الطعن غير العادية هي: طلب إعادة المحاكمة واعتراض الغير والتمييز،(٤) والأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية هي التي تصدر عن محكمة الاستئناف أو تنتهي المدة القانونية للطعن بطريق الاعتراض والاستئناف دون أن يطعن فيها، أو أن يسقط الخصوم حقهم بالطعن فيها، ويشترط في هذه الحالة أن لا تكون

---

(١) ياسين: محمد نعيم: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، منشورات وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية الأردنية، د.ط، د.ت، ج٢، ص٢٢٥.

(٢) خليل: احمد، أصول المحاكمات المدنية، دار العلوم العربية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص٣٣٧. النمر: أصول المحاكمات المدنية، ص٢٠٢-٢٠٣.

(٣) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٧٢.

(٤) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٩٢.

هذه الأحكام مما شملته المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وهي الأحكام المتعلق بها حق الله تعالى.

القسم الرابع: الأحكام الباتة: "وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية".[١]

تقسيم الأحكام القطعية من حيث حضور إطرافها لجلسة النطق بالحكم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أحكام حضورية وتسمى الأحكام الوجاهية وهي:" ما صدر من الأحكام بمواجهة وحضور أطراف الدعوى"، وهذه الأحكام لا تحتاج إلى تبليغ إذ يفهَّم للحضور عند صدوره ولا تقبل الطعن الا بطريق الاستئناف، وتبتدئ مدة الاستئناف من تاريخ صدور الحكم.

القسم الثاني: أحكام غيابية: وهي " الأحكام التي يتغيب المدعىعليه عن المحاكمة فيها، فلا يحضر أي جلسة من جلسات المحاكمة" ويكون الحكم الصادر فيها بحاجة إلى تبليغ للمدعىعليه وهذه الأحكام تقبل الطعن فيها بطريق الاعتراض والاستئناف وتبتدئ مدة الاعتراض والاستئناف من تاريخ تبلغ الحكم.[٢]

القسم الثالث: أحكام غيابية بالصورة الوجاهية:" وهي الأحكام التي يصدر الحكم المنهي للخصومة فيها بحال غياب المدعى عليه، ولكنه قد حضر بعض جلسات المحاكمة"، وهذه الأحكام لا تقبل الطعن فيها الا بالاستئناف وبحاجة إلى تبلغ الحكم الصادر فيها وتبتدئ مدة الاستئناف من تاريخ تبلغ الحكم، فهذه الأحكام تأخذ حكم الأحكام الغيابية من حيث حاجتها إلى التبليغ ومن حيث سريان مدة الاستئناف عليها وتأخذ حكم الأحكام الوجاهية من حيث عدم قابليتها

---

[١] ياسين: نظرية الدعوى، ص٢٢٤-٢٢٥.

[٢] النمر: أصول المحاكمات المدنية، ص٢٠٥. خليل: أصول المحاكمات المدنية، ص٣٤٠.

للاعتراض، وشرّاح القانون يعتبرون هذا الحكم من الأحكام الوجاهية.[1]

ويمكن تقسيم الأحكام القطعية من حيث الحكم الصادر فيها إلى ثلاثة أقسام:[2]

الأول: أحكام مقررة: " وهي الأحكام التي تقرر مركزا قانونيا موجودا قبل الحكم كالحكم بصحة عقد الزواج.

الثاني: أحكام منشئة: "وهي الأحكام التي تنشئ مركزا قانونيا لم يكن موجودا قبل الحكم كالحكم بفسخ عقد الزواج.

الثالث: أحكام ملزمة: "وهي الأحكام التي تقرر حقا لاحد الأشخاص في مواجهة أخر، وتلزم الأخير بأداء هذا الحق، سواء ان كان بدفع مبلغ نقدي كالنفقة، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

النوع الثاني: القرارات غير القطعية:" وهي ما تصدره المحكمة أثناء السير في الدعوى ولا تنتهي فيها الخصومة".[3] وتقسم هذه القرارات إلى ثلاثة أقسام:

الأول: قرارات وقتية:"وهي القرارات التي تصدر في طلبات وقتية أثناء نظر الدعوى، ولا تعرض لموضوع واصل النزاع وتتضمن تدبيرا مؤقتا لحماية حقوق المتداعين"[4] كالقرار بفرض نفقة معجلة للزوجة.

الثاني: قرارات إعدادية: وتسمى قرارات تحضيرية "وهي التي تتضمن الأمر باتخاذ تدبيرا يسهل السير في الدعوى ورؤيتها ويمهِّد لأسباب الحكم بها، الا انه لا يشعر بنتيجة الحكم في الدعوى"[5] وللمحكمة الرجوع عن هذه القرارات،[6] كالقرار بتكليف المدعي بتوضيح دعواه، وتكليف المدعى عليه

---

(1) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٥٤.

(2) النمر: أصول المحاكمات المدنية، ص٢٠٤.

(3) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٩٣.

(4) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٩٣. النمر: أصول المحاكمات المدنية، ص٢٠٣.

(5) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٥٢.

(6) أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٩٦.

بالإجابة على الدعوى.

الثالث: قرارات القرينة: " وهي القرارات التي تصدرها المحكمة وتتضمن تدبيرا يسهل السير بالدعوى ويهيئها لإصدار الحكم فيها ويشعر بنتيجة الحكم فيها"[1] وهذه القرارات لا يجوز للمحكمة الرجوع عنها كاعتبار المدعي عاجزا عن إثبات دعواه.

والقرارات الوقتية لا تصدر عادة عن محكمة الاستئناف الشرعية، مع انه لا يوجد ما يمنع من إصدارها فيما لو رأت الدعوى مرافعة مثلا، بينما تصدر عنها القرارات الإعدادية كالقرار بان الدعوى لا زالت غامضة، كما تصدر قرارات القرينة كالقرار بان شهادة الشهود لم تطابق الدعوى.

---

(1) مبارك واخرون: المرافعات المدنية، ص١٥٢. أبو البصل: شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص١٩٥.

المبحث الثاني
التعريف بالتفريق

المطلب الأول: مفهوم التفريق وأنواعه وفيه فرعان:

الفرع الأول: التفريق لغة: التفريق من فرّق، الفاء والراء والقاف اصل صحيح يدل على تمييز وتزييل بين شيئين.(١)

والفرقة خلاف الجمع، فرّقه يفرقه فرقَةً وانفرق الشيء وتفرق وافترق، والتفريق والافتراق سواء ومنهم من يجعل التفريق للأبدان والافتراق في الكلام، يقال: فرّقت بين الكلامين فافترقا، وفرّقت بين الرجلين فتفرقا.(٢)

الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين اصطلاحاً:"هو ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية"(٣) .

ويلاحظ على هذا التعريف أن فيه زيادة وتطويلا لا داعي لهما، وهو ما يجب أن تخلوا عنه عبارات الفقهاء الرصينة، حيث أن من مستلزمات حل العقد ان تنقطع العلاقة بين الزوجين، ولذلك عرّفها الدكتور محمد عقله بأنها "انحلال رابطة الزواج"(٤) في حين ان موسوعة الفقه الإسلامي الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية قد حصرت التفريق بين الزوجين بما يوقعه القاضي بناء على طلب أحدهما، فعرّفته بأنه:"إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق أو بدون طلب من أحدهما حفظا لحق الشرع"، وتقييد التفريق بما يوقعه القاضي يخرج التفريق الذي يوقعه الزوج دون حكم القاضي ويخرج كذلك المتاركة بين الزوجين لفساد العقد.

---

(١) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص٤٩٣، باب الفاء والراء وما يثلثهما.

(٢) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج١٠، ص٢٩٩-٣٠٠، باب القاف فصل الفاء.

(٣) زيدان: المفصل في أحكام المرأة،

(٤) عقله: محمد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان-الأردن، ط٢، ١٤١١هـ-١٩٩٠م، ج٣، ص١٠.

ويرى الباحث ان استعمال لفظ "عقدة الزواج" الواردة في التعريف الأول هي أدق أو انسب استعمالا من لفظة "العلاقة والرابطة" المستعملان في التعريف الثاني والثالث، لان الله تعالى سماها عقدة النكاح في كتابه العزيز.

وعليه فان الباحث يرى أن يعرّف التفريق بين الزوجين بأنه" انحلال عقـــدة الزواج".

المطلب الثاني: أنواع التفريق والفرق بينها:

يمكن تقسيم الفرقة بين الزوجين إلى عدة أقسام حسب الاعتبار الذي قسمت لأجله، واكثر ما يهمنا في هذه الرسالة هو تقسيمها حسب نوع الفرقة الواقعة بها، أهي فرقة طلاق أم فسخ؟، لذلك لا بد من التعريف بالطلاق والفسخ أولا.

الطلاق لغة:هو التخلية والإرسال والترك، جاء في لسان العرب "طلاق النساء لمعنيين أحدهما: حل عقدة النكاح والأخر بمعنى التخلية والإرسال، يقال: الإنسان إذا أُعتق طليقاً صار حراً واطلق الناقة من عقالها فطلقت، وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها، ورجل مطلاق وطليق وطلقة كثير التطليق للنساء، وطلاق البلاد تركها[1] .

الفسخ لغة:الفاء والسين والخاء كلمة تدل على نقص شيءٍ يقال: تفسخ الشيء انتقص.[2]

وفسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ نقضه فانتقض وتفاسخت الأقاويل تناقضت، وفسخ رأيه فسخا فسد، وفسخه فسخا أفسده.[3]

الطلاق اصطلاحاً:عرّف الفقهاء الطلاق بتعريفات كثيرة فقد عرفه الحنفية بأنه"رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي بلفظ مخصوص"[4] .

وعرّفه المالكية بأنه:" حل العصمة المنعقدة بين الزوجين".[5]

---

(1) ابن منظور: لسان العرب، ج١٠، ص٢٢٦.

(2) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج٤، باب الفاء والسين وما يثلثهما.

(3) ابن منظور: لسان العرب، ج٣، باب الخاء فصل الفاء، ص٤٥.

(4) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص٢٢٦. الغنيمي: عبدالغني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط٤، مزيده ومنقحه، ١٣٨١هـ-١٩٦١م، ج٢، ص٢١٨.

(5) العدوي: علي حاشية العدوي على شرح ابي الحسن برسالة ابن ابي زيد وهي حاشية الشيخ علي الصعيدي على شرح أبى الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة بن ابي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، دار المعرفة للطباعة والنشر، ص٧٢.

وعرّفه الشافعية بأنه:" حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".[١]
وعرّفه الحنابلة بأنه:" حل قيد النكاح أو بعضه".[٢]

ومن استعراض هذه التعاريف، نجد أن الفقهاء قد جعلوا الطلاق منهيا وحالا لعقد الزواج، سواء كان ذلك في الحال أو في المآل ويرى الباحث أن هذه التعاريف تصدق على الطلاق البائن وعلى الرجعي الذي آل إلى بائن، حيث انهما يرفعان الحل بين الزوجين، وينهيان عقد الزواج في الحال أو المآل ولا يصدق التعريف على الطلاق الرجعي، الذي يوقعه الزوج ويعيد زوجته أثناء عدتها الشرعية، فالطلاق الرجعي قد ينهي عقد الزوج ويرفع الحل في المآل ولكنه متى أعاد الزوج زوجته أثناء عدتها فلا ينهي عقد الزواج ولا يرفع الحل بين الزوجين، ومع ذلك يسمى طلاقاً بلا خلاف بين الفقهاء، وينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، ويمكن ان يوقعه الزوج وتستمر الحياة الزوجية مع زوجته التي أوقعه عليها بنفس عقد الزواج، ولا يحتاج إلى تجديد العقد.

وعليه فان الباحث يرى أن يعرّف الطلاق بأنه:" ما صدر من الزوج أو صاحب الولاية منقصاً عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته".

فهذا التعريف يشمل الطلاق البائن والرجعي، فقولنا: ما يدخل فيها اللفظ والكتابة والإشارة، وقولنا: الزوج عند إطلاقه لا يراد به الا الزوج من زواج صحيح، فيخرج به الزوج في الزواج الفاسد والباطل،[٣] وقولنا: صاحب الولاية يشمل لولاية الخاصة المتحصلة من قبل الزوج كالوكيل والمخيرة والنائب والفضولي، فجميع هؤلاء ولاياتهم في إيقاع الطلاق راجعة إلى إرادة الزوج، كما يشمل الولاية العامة كولاية القاضي، وقولنا: منقصا عدد الطلاقات التي يملكها

---

(١) الشربيني: محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبدالجواد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، ج٤، ص٤٥٥.

(٢) البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلّق عليه هلال مصيلحي، مكتبة النصر الحديثة، د.ط، ج٥، ص٢٣٢.

(٣) أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة السعادة، ص٣٧١.

الزوج على زوجته يشمل جميع أنواع الطلاق.

الفسخ اصطلاحاً: عرّف العلماء الفسخ بعدة تعاريف حيث عرفه الحنفية بأنه "حل ارتباط العقد"[1] كما عرفوه بأنه" رفع العقد من الأصل وجعله كأنه لم يكن".[2]

وعرّفه المالكية بأنه:" قلب كل واحد من العوضين لصاحبه".[3]

وعرّفه الشافعية بأنه:" حل ارتباط العقد".[4]

وعرّفه الحنابلة بأنه: " رفع للعقد من حينه".[5]

ويرى الباحث بأن التعريف الأول للفسخ هو التعريف الأقرب لفسخ عقد الزواج والذي يصدق على موضوعات هذه الرسالة.

أقسام الطلاق:

يمكن تقسيم الطلاق إلى عدة أقسام وذلك حسب الاعتبار الذي قسمت لاجله، فيقسم من حيث دواعيه لا من حيث ذاته، إذ تعتريه الأحكام التكليفية الخمس، فيكون واجبا أو مندوبا أو مباحا أو مكروها أو حراما.[6]

---

(1) ابن نجيم: زين الدين إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص٢٠٤.

(2) الكاساني: علاء الدين ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ج٢، ص٣٣٦.

(3) القرافي: ابو العباس، احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، د.ط، د.ت، ج٣، ص٢٦٩.

(4) السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ج٢، ص٥٥٤.

(5) المرداوي: ابو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل احمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ج٤، ص٤٨١.

(6) المايجي: يعقوب، أحكام الأحوال الشخصية، ط١، ١٩٩٠، ص١١٤-١١٥. شلبي: محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط٤، ١٤٠٣هـ-١٩٧٣م، ص٤٩٥-٤٩٦. الموسوعة الفقهية الكويتية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، مطابع دار الصفوة، ط١، ١٩٩٣م، ج٢٩، ص٩.

ويمكن تقسيمه من حيث موافقته لامر الشارع الحكيم أو مخالفته أو من حيث عدد الطلقات التي يوقعها الزوج ووقتها، إلى طلاق سني: وهو ما إذن الشارع فيه.[1] وطلاق بدعي: وهو الطلاق المخالف لسنة رسول ﷺ.[2]

ويمكن تقسيمه من حيث دلالة اللفظ عليه أو احتياجه إلى نية أو قرينة، إلى طلاق صريح: وهو كل لفظ لا يستعمل الا في الطلاق غالبا. وطلاق كنائي: هو كل لفظ احتمل معنى الطلاق وغيره.[3]

ويمكن تقسيمه من حيث تنجيز الصيغة واشتمالها على التعليق على شرط أو إضافتها إلى زمن المستقبل، إلى طلاق منجز كقول الرجل لزوجته: أنت طالق،[4] وطلاق مضاف إلى المستقبل حيث تقترن عبارة الطلاق بلفظ في المستقبل، ولا يقع هذا الطلاق الا إذا حل الوقت الذي أضيف إليه،[5] والطلاق المعلق كأن يعلق الطلاق على شرط،[6] كقول الرجل: إن حضر زيد فزوجتي طالق.

واكثر ما يهمنا في هذا البحث هو تقسيم الطلاق من حيث إمكانية الرجعة فيه وعدم جوازها، وذلك لصلة هذا الموضوع بالبحث، حيث يقسم بهذا الاعتبار إلى:

١. الطلاق الرجعي: وهو كل طلاق يوقعه الزوج الا ما كان على مال أو قبل الدخول أو مكملا للثلاث.[7]

٢. الطلاق البائن: ويقسم إلى قسمين:

الأول: البائن بينونة صغرى: وهو الذي لا يستطيع المطلق بعده إعادة زوجته إلى

---

(١) القرطبي: أبو عبدالله محمد بن احمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن الكريم، راجعه وضبطه محمد إبراهيم الحنفاوي، خرّج أحاديثه محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ج٣، ص١٣٥.

(٢) الزحيلي: وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، ج٧، ص٤٢٥.

(٣) الصابوني: عبدالرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة الداودي، مشق، ١٩٧٥، د.ط، ج٢، ص٢٦. عبدالحميد: الأحوال الشخصية، ج٥٥، ٢٥٥، عقله: نظام الأسرة في الاسلام، ج٣، ص١٥٨.

(٤) عقله: نظام الأسرة في الإسلام، ج٣، ص١٣٩.

(٥) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص٣٢.

(٦) شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص٥١٥.

(٧) الخطيب: احمد علي واخرون، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ط١، ١٩٨٠م، ص١٨٦.

عصمته الا بعقد جديد.[1] ويكون الطلاق بائناً بينونـــة صغـرى إذا كـان قبـل الدخول، أو كان في مقابل مال، وتفريق القاضي الا إذا كان للعجـز عـن دفـع النفقة.[2]

الثاني: البائن بينونة كبرى: وهو ما كان مكملا للثلاث.[3]

ونظراً لأهمية الآثار المترتبة على كل قسم من هذه الأقسام سـأذكر الآثـار المترتبة عليه.

آثار الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، الا انـه لا يزيل الملك أو الحل ما دامت العدة قائمة، وللزوج حق إرجاع زوجته مـا دامـت فـي العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها، وتعتد المرأة فيه في بيت الزوجية، وتجـب نفقتـها على الزوج أثناء العدة، ولا يحل به مؤخر الصداق، وإذا مات أحدهما أثناء العدة ورثـه الاخر، وعند انتهاء العدة دون ان يعيد الزوج زوجته يصبح الطلاق بائناً.[4]

---

(1) الصباغ: محمد متولي، الإيضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، د.ط، ص ٢٥٩. شلبي: أحكام الأسـرة في الإسلام، ص٥١٩.

(2) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص١٦-١٧.

(3) الصباغ: الإيضاح في أحكام النكاح، ص٢٥٩. الشلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص٥١٩. عبدالحميـد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص٢٧٤.

(4) بدران: بدران ابو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ١٩٦٧م، د.ط، ج١، ص٣٦١-٣٦٢. ابو زهرة: الأحـوال الشخصية، ص٢٦٥-٢٦٦.

أثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، ويزيل الملك ولا يزيل الحل، ويجب على الزوجة ان تعتد في بيت الزوجية محتشمة، وتعامل مطلقها معاملة الأجنبي عنها، ولا يملك الزوج إرجاعها الا بعقد ومهر جديدين وبرضاها، ويحل به صداق المرأة المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة.(١)

كما أن هذا الطلاق يقطع التوارث بين الزوجين، فإذا مات أحدهما أثناء العدة لم يرثه الأخر، الا إذا ثبت أن الرجل طلقها فراراً من ميراثها.(٢)

أثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة كبرى ينهي عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، ويزيل الملك والحل بين الزوجين، وتصبح الزوجة المطلقة محرمة على مطلقها تحريما مؤقتاً، ويقطع هذا الطلاق التوارث بين الزوجين الا إذا طلقها فراراً من ميراثها ومات أثناء العدة وبه يحل مؤجل الصداق لأقرب الأجلين .(٣)

أنواع الفسخ:

يمكن تقسيم فسخ عقد الزواج إلى عدة أقسام وذلك حسب الاعتبار الذي قسمت لاجله، فيمكن تقسيمه من حيث وقت حدوث السبب الموجب للفسخ إلى قسمين:

الأول: فسخ عقد الزواج لسبب مقارن لنشوء العقد، وله حالات كثيرة منها كون المرأة المعقود عليها ليست محلا للعقد. أو فسخ عقد تم بدون شهود.

الثاني: فسخ العقد لسبب طارئ بعد انعقاد العقد صحيحاً ولكن لحقه فعل أو وصف لأحد الزوجين أو كليهما، وله حالات منها: ارتداد أحد الزوجين عن

---

(١) الخطيب واخرون: شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص١٣٨-١٣٩. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص٣٦٩. عبدالحميد: الأحوال الشخصية، ص٢٧٣-٢٧٤.

(٢) شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص٥٢٤. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص٣٦٩.

(٣) أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص٣٧١-٣٧٢. بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص٣٦٣-٣٦٤.

الإسلام، إخلال أحد الزوجين بالوفاء بشرط الأخر المدون في وثيقة عقد زواجهما وطلب الثاني الفسخ لذلك.

ويمكن تقسيم فسخ عقد الزواج على اعتبار صاحب الحق في الفسخ إلى قسمين:

القسم الأول: فسخ العقد حقا لله تعالى وبحكم الشرع، وذلك عند فساد العقد.

القسم الثاني: فسخ العقد لحق أحد الزوجين أو ولي الزوجة كفسخ العقد للعجز عن دفع المهر.[١]

---

[١] الشواربي: عبدالحميد، فسخ العقد في ضوء الفقه والقانون، منشئة المعارف بالإسكندرية، ط٣، ١٩٩٧م، ص١١٤.

المطلب الثالث: الفرق بين الطلاق والفسخ:

هناك عدة فروق بين الطلاق والفسخ، بعضها من حيث الشكل وبعضها من حيث الأثر المترتب على كل منهما، وبعضها من حيث أسباب كل منهما.

ونجمل أهم هذه الفروق فيما يلي:

١. ان الطلاق يختص في إنهاء عقد الزواج فقط، بينما الفسخ يستعمل لإنهاء عقد الزواج وغيره من العقود كالبيع والإجارة.[١]

٢. ان الطلاق لا يكون الا في عقد زواج صحيح، بينما الفسخ يكون في العقد الصحيح والعقد الفاسد والباطل.[٢]

٣. الطلاق إنهاء لعقد الزواج بمعنى انه يمنع استمرار العقد، أما الفسخ فهو حل ونقض للعقد من أساسه.[٣]

٤. الطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بينما الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.[٤]

٥. الطلاق قد تنتهي به الحياة الزوجية كما في البائن وقد لا تنتهي كما في الرجعي، أما الفسخ فتنتهي به الحياة الزوجية في كل الأحوال.[٥]

٦. الطلاق قبل الدخول يوجب على الزوج نصف المهر المسمى، أما الفسخ قبل الدخول فلا يوجب شيئاً من المهر.[٦]

---

[١] بخيت: محمود عبدالله سليم، فسخ العقد وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات السوداني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوارة مقدمة في جامعة أم درمان الإسلامية، د.ط، د.ت، ص٢٩٠-٢٩١. زيدان: عبدالكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ج٧، ص٣٤٣. المليجي: أحكام الأحوال الشخصية، ص١٣٠-١٣١.

[٢] الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص١١٦. البخيت: فسخ العقد وأثاره في الشريعة الإسلامية، ص١١٦. الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٥.

[٣] الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٥. عقله: نظام الأسرة في الإسلام، ج٣، ص١٠.

[٤] الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، ص٣٤٩. الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص١١٧.

[٥] زيدان: المفصل في أحكام المرأة، ج٧، ص٣٤٣. المليجي: أحكام الأحوال الشخصية، ص١٣١. الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص ١١٧.

[٦] المليجي: أحكام الأحوال الشخصية، ص١٣١. الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص١١٧.

٧. يجوز في الطلاق الرجعي للرجل أن يعيد زوجته أثناء العدة، أما الفسخ فلا يجوز للرجل أن يعيد زوجته الا بعقد جديد وفي أحوال محدودة.(١)

٨. يقع الطلاق على المرأة المعتدة في أثناء عدة الطلاق، ولا يقع عليها الطلاق في أثناء العدة من الفسخ.(٢)

٩. الطلاق يرجع إلى أسبابٍ خارجية لا علاقة لها بجوهر العقد، بينما الفسخ في الغالب يرجع إلى جوهر العقد وصلبه.(٣)

ضابط الفرقة بين الفسخ والطلاق:

اختلف الفقهاء في الضابط الذي تُعد فيه الفرقة، فرقة طلاق أم فرقة فسخ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وبه قال الحنفية حيث ذهبوا إلى ان الفرقة إذا جاءت من قبل الزوج لسبب يختص بالنكاح، تكون فرقة طلاق، (٤) والفرقة التي تعد عندهم فرقة طلاق كالفرقة للجبِّ والعنَّة والايلاء واللعان وإباء الزوج الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجته.(٥)

وان كانت الفرقة من قبل الزوجة لا بسبب من الزوج أو جهته فهي فرقة فسخ(٦) وهذا الضابط غير منضبط على جميع الفروع عند الحنفية، حيث انهم اختلفوا في بعض أنواع الفرق، هل هي فرقة طلاق أو فسخ كاختلافهم في الفرقة الواقعة بسبب إباء الزوجة الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها والفرقة بسبب ردة الزوج.

القول الثاني: وبه قال المالكية حيث ذهبوا إلى أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهب الإمام مالك أي في جوازه، وكان الخلاف مشهوراً،

---

(١) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٥. البخيت: فسخ العقد واثاره، ص٢٩٠.

(٢) عقله: نظام الأسرة في الإسلام، ج٣، ص١٠. البخيت: فسخ العقد وأثاره في الشريعة الإسلامية، ص٢٩٠.

(٣) عقله: نظام الأسرة في الإسلام، ج٣، ص١٠.

(٤) الكاساني: بدائع الصناع، ج٢، ص٣٣٦.

(٥) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص٧١.

(٦) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص٧٣.

فالفرقة فرقة طلاق، كالخلاف في تزويج المرأة نفسها وتزويج المحرم.

وفي قول أخر عن المالكية أن الضابط في ذلك هو السبب الموجب للتفريق، فان كان غير راجع إلى الزوجين بحيث لا يجوز لهما الإقامة على الزواج مع هذا السبب فهو فرقة فسخ، كما في نكاح المحرمة للرضاع أو الزواج بمعتدة الغير وان كان للزوجين الإقامة على الزواج إن رضيا بذلك فالفرقة فرقة طلاق، مثل التفريق للعيب.[1]

القول الثالث: وبه قال الشافعية[2] والحنابلة[3] حيث ذهبوا إلى ان فرقة الطلاق هي كل فرقة أوقعها الزوج أو نائبة بالألفاظ الدالة على الطلاق. وان كل ما حكم فيه بالتفريق من قبل القاضي كالتفريق للعلل ولإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام أو لردة أحدهما عن الإسلام فكلها فرق فسخ[4] حيث جاء في المغني عند ذكر فسخ الخيار للعتق"قيل لأحمد: لما لا يكون طلاقاً؟ قال: لان الطلاق ما تكلم به الرجل، ولأنها فرقة باختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنته أو عتهه".[5]

---

(1) ابن رشد: ابو الوليد محمد ابن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد معوض، وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ج٤، ص٣٦٤.

(2) الشافعي: محمد ابو عبدالله محمد بن ادريس، ألام، خرّج أحاديثه وعلّق عليه محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، ج٥، ص١٦٩-١٧٠.

(3) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٧٠.

(4) الشافعي: ألام، ج٥، ص١٧٣.

(5) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٧٠.

الفصل الأول

الاجتهاد الصادر في دعاوى التفريق بالتطليق

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الاجتهاد الصادر في دعاوى التفريق للغيبة والهجر والضرر.

المبحث الثاني: الاجتهاد الصادر في دعوى التفريق للشقاق والنزاع.

المبحث الثالث: الاجتهاد الصادر في دعوى التفريق للعجز عن دفع النفقة.

المبحث الرابع: الاجتهاد الصادر في دعاوى التفريق للسجن والجنون وإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام.

المبحث الأول

الاجتهاد الصادر في دعاوى التفريق للغيبة والهجر والضرر

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الغيبة والضرر والهجر.

المطلب الثاني: موجب الدعوى وسببها.

المطلب الثالث: ترك الزوجة لمكان إقامتها مع زوجها وطلبها التفريق.

المطلب الرابع: الأعذار المبيحة لغياب الزوج.

المطلب الخامس: استعداد الزوج لأخذ زوجته للإقامة معه، والدفوع الواردة منها على ذلك.

المطلب الأول: مفهوم الغيبة والهجر والضرر:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الغيبة والهجر والضرر لغة.

أ-**الغيبة لغة:** الغين والياء والباء اصل صحيح يدل على ستر الشيء عن العيـــون، والغيب كل ما غاب عنك [1] نقول غاب الرجل غيبا ومغيبـــا وتغيـب سافر وغاب عن بلده، وامرأة مغيب ومغيِّبة غاب بعلها[2].

ب-**الهجر لغة:** الهاء والجيم والراء أصلان يدل أحدهما على قطيعة وقطع، والأخـــر على شد شيء وربطه[3].

والهجر ضد الوصل نقول هجراً بالفتح وهجراناً بالكســر: صَرمـــه وتركـــه، وهجر في الصوم اعتزل فيه النكاح[4].

ج-**الضرر لغة:** الضاد والراء ثلاثة أصول الأول: خلاف النفع، والثـــاني: اجتمـــاع الشيء، والثالث: القوة والضرُ بالضم الضيق والشدة وسؤ الحـــال[5]، وما كان ضد النفع فهو ضَرّ، والمضرَّة: خلاف المنفعة[6] .

الفرع الثاني: الغيبة والهجر والضرر اصطلاحاً

الغيبة اصطلاحاً: هي "غياب الزوج عن مكان إقامته مع زوجته في بلد آخر بـــدون سبب مشروع لمدة سنة فاكثر غيابا متصلا ومستمرا".[7]

---

(1) إبن فارس: أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبـــط عبدالسلام محمـــد هارون، دار الجيل-بيروت، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ج٤،ص٤٠٣،باب الغين والباء وما يثلثهما.

(2) إبن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المغربي، لسان العرب، دار الفكـــر ودار صادر-بيروت، دط، دص، ج١،ص٦٥٤-٦٥٥، فصل الغين المعجمة.

(3) إبن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج٦، ص٣٤، باب الهاء والجيم وما يثلثهما.

(4) الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجيل، د.ط، د.س، ج٢، ص١٦٣، فصل الهاء باب الراء. إبن منظور: لسان العرب، ج٥، ص٢٥٠-٢٥٢، فصل الهاء.

(5) إبن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج٣، ص٣٦٠.

(6) الفيروز ابادي: القاموس المحيط، ج٢، ص٧٧، فصل الضاد باب الراء. إبن منظور: لسان العـــرب، ج٤، ص٤٨٢، فصل الضاد المعجمة.

(7) الاشقر: عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحول الشخصية مع اسئلة للمناقشة وتمرينات، دار النفائس،

الهجر اصطلاحاً: هو "ترك الزوج وطء زوجته مدة سنة فاكثر بلا عذر مقبول، مع انهما يعيشان في بلد واحد وتضرر الزوجة من ذلك".[1]

الضرر اصطلاحاً: الضرر: هو "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفا أو إهمالا"[2] .

ويمكن تقسيم الضرر إلى قسمين:

القسم الأول : الضرر المادي:

هو ما يصيب الإنسان في حقوقه المالية أو الجسدية فيطال جسمه وسلامته، كالجراح وإزهاق الروح، أو إحداث العاهة أو التسبب بتعطيل دائم، أو خلل في العقل، أما المالية فتشمل ما يصيب الإنسان في حقوقه المالية والاقتصادية.[3]

القسم الثاني: الضرر المعنوي:

وهو ما يصيب الإنسان في كيانه الاجتماعي أو النفسي فيؤذي مشاعره وعواطفه.[4]

لقد ورد مصطلح الضرر في قانون الأحوال الشخصية مطلقا غير محدد ما هو المقصود به، ومن خلال التطبيق العملي نجد إن إثبات مطلق الضرر كاف للتفريق بين الزوجين، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً[5].

وقد فسر المذهبان المالكي والحنبلي الضرر بأنه : الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة ترك الزوج لفراش زوجته مدة طويلة، ويبدو ذلك واضحا في مراجع المالكية

ط٢، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، مزيده ومنقحه، ص٢٧١. التكرروي، عثمان، شرح قانون الأحول الشخصية الاردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٨م، ص٢٢٤.

[1] الاشقر: الواضح في شرح قانون الأحول الشخصية، ص٢٧١، التكروري: شرح قانون الأحول الشخصية الاردني، ص٢٢٤.

[2] الموافي: احمد، الضرر في الفقه الاسلامي، دار ابن عفان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ج١، ص٩٧.

[3] الموافي: الضرر في الفقه الاسلامي، ج١، ص٤٠. النقيب:عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت-لبنان، ط١، ١٩٨٣م، ص٢٥٩-٢٦٦.

[4] الموافي: الضرر في الفقه الاسلامي، ج١، ص٤٠. النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، ص٢٦٨.

[5] انظر المادة (١٢٣) من قانون الأحول الشخصية.

حيث اشترطوا لجواز التفريق أن تخشى الزوجة على نفسها الزنا لا مجرد شهوة الجماع، بل ذهبوا إلى أن المرأة الطاعنة في السن التي لا تشتهي الجماع لا يثبت لها هذا الحق[١].

أما الحنابلة فقد ذكروا أن هذا الحق يثبت للزوجة إذا قصد بالغيبة والهجر الإضرار بالزوجة أما لم يقصد الإضرار بها فلا يثبت لها هذا الحق على المذهب[٢].

حكم غياب الزوج عن زوجته:

فقد يغيب الزوج عن زوجته سنة، وهذه الغيبة ظاهرها السلامة، بحيث يغلب على الظن انه على قيد الحياة، وليس المقصود بها الغيبة التي يغلب على الظن فيها الموت والهلاك، وقد تطول هذه الغيبة أو تقصر، وقد يكون غيابه بعذر، وقد يكون بلا عذر، وقد تكون في مكان بعيد أو قريب ومع ذلك فقد تصل إليه الرسائل وقد لا تصل إليه، وقد يعرف مكان إقامته، وقد يكون مجهول محل الإقامة فيلحق الزوجة الضرر نتيجة هذا الغياب، فهل لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لغيابه عنها، ورفع الضرر عن نفسها؟.

اختلف الفقهاء في جواز طلب الزوجة التفريق لغياب زوجها عنها على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية[٣] والشافعية[٤]: إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين

---

[١] الدسوقي: محمد بن احمد عرفه الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ج٣، ص٣١٥.

[٢] إبن قدامه: موفق الدين أبو محمد عبدالله بن احمد، المغني، تحقيق د.عبدالله بن عبدالمحسن التركي ود.عبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط٢، مصححة ومنقحة، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، ج١١ص٥٣. : المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، صحّحه وحقّقه محمد حامد الفقي، أعادت طبعه دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٧هـ-١٩٥٧م، ج٩، ص١٦٩.

[٣] السرخسي: شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ج١١، ص٣٥.

[٤] الإمام الشافعي: أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الام مع مختصر المزني، دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ج٥، ص٢٥٥. الماوردي:أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م،ج١١، ص٣١٦.

لغياب الزوج، لعدم وجود ما يبرر التفريق بينهما، وأنها امرأة ابتليت فعليها أن تصبر حتى يأتيها اليقين، إما بوفاة أو طلاق أو يعود إليها.

الرأي الثاني: وذهب المالكية[1] والحنابلة في إحدى الروايتين[2] إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته بناء على طلب الزوجة على خلاف بينهم في مدة الغيبة، ونوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب غياب الزوج، وفي اشتراط عدم وجود المعذرة في الغيبة.

فذهب المالكية إلى أن مدة الغياب في المعتمد عندهم سنة فأكثر[3] وذهب الحنابلة إلى أنها ستة اشهر فاكثر[4] كما ذهب المالكية إلى أن الفرقة الواقعة بسبب الغياب هي طلاق بائن، حيث ان كل طلاق يوقعه القاضي عندهم هو طلاق بائن، إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة[5]، وذهب الحنابلة إلى أنها فرقة بفسخ[6] ، وإلى اشتراط أن لا يكون للزوج في غيبته معذرة مشروعة[7] في حين أن المالكية لم يشترطوا هذا الشرط[8] واشترط المالكية لجواز التفريق أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في الزنا، وتصدق بذلك بقولها لانه أمر راجع لها، ولا يفرق بينهما لمجرد

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣١٥. الدردير: أبو البركات سيد احمد بن محمد العدوي الشهير الدردير، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ج٣، ص٣١٥.

(2) المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٥٦. إبن مفلح: أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ج٧،ص١٩٩.

(3) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣١٥.

(4) البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه هلال مصليحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ج٥، ص١٩٣. المرداوي، الإنصاف، ج٨، ص٣٥٦. إبن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٩٩.

(5) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٦.

(6) البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٥٦.

(7) إبن مفلح: المبدع، ج٧،ص٩٩. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٥٥-٣٥٦.

(8) لنا وقفه مع هذا الشرط في المطلب الرابع من هذا المبحث.

شهوتها الجماع[1].

واتفق المالكية والحنابلة على أن الغائب يُعذر إليه إن أمكن ذلك بأن يحضر لزوجته، فان أبى الحضور لها طلق عليه الحاكم[2].

حكم هجر الزوج لزوجته:

اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين بسبب الهجر، فمنع ذلك الحنفية[3] والشافعية[4] وأجازه المالكية[5] والحنابلة[6].

ومبنى الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو: اختلافهم في دوام الوطء قضاءً هل هو حق للرجل أم انه حق للمرأة أم انه حق مشترك؟[7].

الفرق بين الغيبة والهجر:

نلاحظ ان الفرق بين الغيبة والهجر أن الهجر يتحقق عندما يكون الزوجان في نفس البلد، بينما الغياب يتحقق عندما يكون الزوج في بلد آخر غير البلد الذي توجد فيه الزوجة وهو ما قررته محكمة الاستئناف الشرعية والمذكرة الإيضاحية للقانون

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣١٥.

(2) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٣١٥. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣،ص٣١٥. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٥٦. إبن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٩٩. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣.

(3) قاضيخان: حسن بن منصور الاوزجندي الفرغاني، فتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط٤، ج١، ص٤١٢. إبن عابدين : محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبو حنيفه، دار الفكر، ط٢، ١٩٩٦م، ج٣، ص٢٠٢.

(4) الشيرازي: أبو اسحاق المهذب تحقيق د.محمد الزحيلي، دار القلم- دمشق، دار الشامية-بيروت، ط١، ١٩٩٦، ج٤، ص٢٣٣.

(5) المواّق: أبو عبدالله محمد بن يوسف المواّق، التاج والإكليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج٥، ص٤١٦. منشور بحاشية مواهب الجليل. الشرح الكبير، ج٣/ ص٣١٥.

(6) إبن قدامة: المغني، ج١١، ص٥٣. إبن تيمية: احمد إبن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن محمد بن قاسم العاصمي، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، د.ط، ج٣٢، ص٢١٧.

(7) الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية-الكويت، مطابع دار الصفوة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج٢٩، ص٦٢-٦٣.

المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩[1].

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من التفريق بين الزوجين للغياب والهجر والضرر:

لقد اخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦٠) لسنة ١٩٧٦م بالرأي الفقهي القائل بجواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج عن زوجته أو هجره لها، ونظّم ذلك بالمواد (١٢٣و١٢٤و١٢٥) منه حيث نص في المادة ١٢٣ على انه **(إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فاكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).**

كما نصت المادة ١٢٤ على انه:**(إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا واعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين)** .

ونصت المادة ١٢٥ على انه: **(إذا كان الزوج غائبا في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا إعذار وضرب اجل، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد دعواها).**

الأسباب الموجبة لوضع هذه المواد من القانون قد ذكرت أنها استمدت هذه الأحكام من المذهب المالكي[2] إلا أن المتفحص للقانون يجد انه لفّق فيها بين المذهبين المالكي والحنبلي، حيث اخذ بوجوب إعذار الزوج إن أمكن بان ينقل زوجته إليه أو يحضر إليها أو يطلقها، ووجوب تضرر الزوجة من الغياب والهجر

---

[1] البكري: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، ط٢،١٩٩٤م، ج٢، ص٤٠٤.

[2] داود: احمد محمد علي، القرارات الاستئنافية في الأحول الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ج١، ص٢٢٥.

من المذهبين المالكي والحنبلي[1] واخذ بالمذهب المالكي في مدة الغياب وبان الفرقة تكون بطلاق وليس فسخاً[2] ، بينما اخذ من المذهب الحنبلي بوجوب أن لا يكون الغياب لسبب مشروع والمالكية لم يشترطوا هذا الشرط كما أسلفنا[3] .

ومن هذه المواد فان القانون قد حدد عناصر دعوى التفريق للغيبة والهجر بما يلي:

١.ان تدعي الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فاكثر.

٢.ان يكون غيابه عنها أو هجره لها بدون عذر مقبول.

٣.ان تتضرر من غيابه عنها أو هجره لها.

وهذه العناصر لا بد من الادعاء بها سواء كان الزوج معلوم مكان الإقامة، أو مجهول مكان الإقامة، يضاف إلى ذلك فيما إذا كان الزوج مجهول محل الإقامة، أو في مكانٍ لا يمكن وصول الرسائل إليه، فلا بد من إثبات ذلك بالبينة، وفي حال عجزها عن ذلك لا يصار إلى توجيه اليمين إلى الزوج بل ترد دعوى الزوجة، وتحلّف الزوجة في جميع الأحوال اليمين الشرعية وفق دعواها بعد أن تثبتها بالبينة.

وإذا كان الزوج معلوم مكان الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه، فعلى المحكمة بعد إثبات الدعوى ان تعذر إليه بان يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه حيث يقيم أو يطلقها، وتضرب المحكمة له أجلاً لذلك، فان لم ينفذ هذا الإعذار حتى انقضى الأجل طلق عليه القاضي بطلقة واحدة بائنة.

---

(1) انظر صفحة (٤٦).

(2) انظر صفحة (٤٦).

(3) انظر صفحة (٤٦).

المطلب الثاني: موجب الدعوى

لكل دعوى سبب،[١] وسبب الدعوى أحد عناصرها،[٢] والدعوى المقامة بـــلا سبب دعوى باطلة، وقانون الأحوال الشخصية جعل الضرر الناتج عن غياب الزوج وهجره لها سبباً للدعوى وموجباً لها، حيث ذكر ذلك في نص المادة (١٢٣) بعـد ان اشترط إثبات الغياب والهجر التي جاء فيها " إذا تضررت من بعده عنها وهجره لها" جاء لفظ الضرر مجملاً[٣] دون تفسير، فإذا أقامت الزوجة دعوى التفريق للغيـاب أو الهجر وادعت فيها أنها قد تضررت من غياب زوجها عنها، قُبل ادعاؤها ولا تكلـف بتفسير الضرر.

أما محكمة الاستئناف كمفسرة لألفاظ القانون فقد فسرت الضرر فـي قرارهـا رقم (١٩٥١٢) تاريخ ١٩٧٧/٦/٣٠[٤] وقرارها رقم (٢١٠٤٠) بأنه:"**فـوات حـق الزوجة بالمعاشرة الزوجية**".[٥] حيث جاء فـي القـرار رقـم (١٩٥١٢) :"**علـى المحكمة ان تُعذر الزوج بما يتحقق به المعاشرة ويزول معه سبب الدعوى**". وجـاء في القرار (٢١٠٤٠) :"**إن استعداد الزوج لتأمين المعاشرة الزوجيـة، وإذا تمـت المعاشرة بينهما على الوجه المذكور فقد زال الضرر عنها، وبالتـالي زال سـبب الدعوى**".[٦]

---

[١] الانطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص١٤٧و١٧٣. مبارك واخـرون: المرافعـات المدنية، ص٥٣.

[٢] أبو ابي الدم: كتاب أدب القضاء، ج١، ص١٥٣.

[٣] المجمل: لفظ خفي المراد منه بحيث لا يُدرك إلا ببيان من المتكلم. زيدان: عبدالكريم، الوجيز فـي أصـول الفقه، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص٣٥٢.

[٤] العربي: محمد حمزه، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية مـن ١٩٧٣/٧/١ إلى ١٩٨٣/٦/٣٠ المجموعة الثانيـة، دار الفرقـان، ط١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ص٨١. داود: القـرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٢٨.

[٥] اقر الإسلام حق الزوجة بالمعاشرة الزوجية، وان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، حيـث يؤدي إلى دفع ضرر الشهوة من المرأة والرجل. انظر: إبن قدامه: المغني، ج١٠، ص٢٤٠.

[٦] عمرو: عبدالفتاح عايش، القرارات القضائية في الأحـوال الشـخصية، دار يمـان، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩٩م، ص٥٣.

واجتهاد محكمة الاستئناف هذا متفق مع ما ذهب إليه المالكية والحنبلية حيث اشترط المالكية لجواز التفريق لغياب الزوج عن زوجته أن تخشى على نفسها الوقوع في الزنا[1]، كما انهما أي المالكية والحنابلة قالوا في الهاجر انه يقال له: إما وطئت أو طلقت[2].

كما ان هذا الاجتهاد يتفق مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ بخصوص التطليق للغيبة إذ جاء فيها:" **إن مقام الزوجة على هذا الحال زمناً طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب**"[3].

---

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٠٥.

(2) الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص٤١٦. إبن مفلح: المبدع، ج٧، ١٩٩٨.

(3) البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ج٢، ص٤٠٤.

المطلب الثالث: ترك الزوجة لمكان إقامتها مع زوجها وطلبها التفريق:

جاء في المادة (١٢٣) من قانون الأحوال الشخصية "**إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فاكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته ان تطلب من القاضي تطليقها بائنا........**".

ولم يتعرض القانون إلى ترك الزوجة لمكان سكنها وإقامتها مع زوجها وطلبها التفريق للغياب، أما بالنسبة لمحكمة الاستئناف الشرعية فقد تعرضت لهذه المسالة في العديد من قراراتها منها القرار رقم (١٥٩٥٢) تاريخ ٢٨/ ١٩٦٩/٤[1] والقرار رقم (١٧٥٤٧) تاريخ ١٩٧٣/٥/٢٣[2] والقرار رقم (٣٢٢١١) تاريخ ١٩٩٠/١٢/١[3] والقرار رقم (٤٣٦٨٩) تاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٩[4] والتي تفيد جميعها بان الزوجة المدعية إذا تركت مكان إقامتها مع زوجها وغادرت منزله وطلبت بعد مضي سنة التفريق للغيبة فان دعواها -والحالة هذه- تكون غير صحيحة وغير مسموعة ومستوجبة الرد.

وكذلك الأمر بالنسبة للقرارات الصادرة عن المحكمة والتي تطلب فيها من المحكمة الابتدائية ان تسال المدعية وتستوضح منها عن مكان الغياب، وكيفية حصوله واين كانت المدعية تعيش مع المدعى عليه؟ وهل غابت المدعية وتركت مكان سكناها مع زوجها؟ أم أن الزوج هو الذي تركها وغاب عنها؟ ومن هذه القرارات القرار رقم (٢٣٢٣٧) تاريخ ١٩٨٢/١٠/٣٠[5] والقرار رقم(٢٤٠٣٧) تاريخ ١٩٨٣/٩/١١[6] والقرار رقم (٣٦٣٧٨) تاريخ ١٩٩٣/١٠/٢٧[7] وغيرها

---

[1] داود: القرارات الاستئنافية، ج١،ص٢٢٧.

[2] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٢٧.

[3] داود: المرجع السابق، ج١،ص٢٤١.

[4] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٤٩.

[5] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٣٦.

[6] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٣٦-٢٣٧.

[7] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٤٤.

الكثير من القرارات بهذا المعنى.

والمحكمة هنا التزمت نص القانون وهو متفق مع ما قرره فقهاء المذهبين المالكي والحنبلي، إذ أن المدقق في عبارتهم يجد انهم عند تفصيليهم لاحكام الغيبة والضرر، قد تعرضوا لاحكام غياب الزوج عن زوجته وتركه لها، وليس لترك الزوجة لمكان سكناها مع زوجها إذ يقول الدردير[١] والدسوقي[٢] من المالكية:" لكن الغائب لا بد له من طول غيبته[٣] وهو ما قرره فقهاء الحنابلة أيضا حيث يقول ابن مفلح [٤] :"وان غاب اكثر من ذلك راسله الحاكم"[٥] والمرداوي[٦] بقوله:"أما من انقطع خبره ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح"[٧] ويقول البهوتي[٨] :"وان لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب اكثر من ستة اشهر فطلبت قدومه"[٩] وجميع

---

[١] الدردير: احمد بن الشيخ محمد العدوي، ولد ١١٢٧هـ وتوفي ١٢٠١هـ، كان شيخاً لاهل مصر بأسرها في وقته، له مصنفات منها: شرح المختصر واقرب المسالك لمذهب مالك ورسالة في متشابهات القران. انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص٣٥٩.

[٢] الدسوقي: أبو عبدالله محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي، توفي سنة ١٢٣٠هـ، عرف في تسهيل المعاني وتبيين المباني، له مصنفات منها: مختصر السعد وحاشية على المختصر وحاشية على شرح الجلال المحلي على البرده. انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص٢٦١.

[٣] الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٢، ص٣١٥. الدردير: الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٥.

[٤] ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، له عدة مصنفات منها: الفروع وشرح على المقنع، واخر على المنتقى، وله في أصول الفقه وكتاب الآداب الشرعية الكبرى، توفي وكان له بضع وخمسون سنة. انظر: إبن العماد: عبد الحي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج٥، ص١٩٩.

[٥] إبن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٩٩.

[٦] المرداوي: علي بن سليمان بن احمد بن محمد، ولد سنة ٨٢٠هـ توفي سنة ٨٨٥هـ، له تصانيف منها: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف والتنقيح المشبّع في تحرير أحكام المقنع والتحبير في شرح التحرير وفهرسة القواعد الاصولية. النجدي: محمد بن عبدالله بن حميد، السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تحقيق بكر بن عبدالله أبو زيد وعبدالرحمن بن سليمان العثيمين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ج٢، ص٧٣٥-٧٤٣.

[٧] المرداوي: الإنصاف، ج٩، ص٢٩٤.

[٨] البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس، توفي عام ١٠٥١هـ، شيخ الحنابلة بمصر وخاتمة علمائهم، وإليه انتهى الإفتاء والتدريس، له مصنفات منها: شرح الإقناع وحاشية على الإقناع وشرح منتهى الإرادات.انظر : المحبي: محمد بن محب الله بن محمد، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر، بيروت.

[٩] البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣.

عباراتهم تدل على ان هذا الحق يعطى للزوجة حال غياب زوجها عنها لا حال غيابها عنه.

وترك الزوجة لمكان إقامتها مع زوجها وطلبها التفريق لا يجعلها غير محقة في دعواها في كل الأحوال فقد تترك الزوجة مكان إقامتها مع زوجها وتطلب التفريق وتجاب لطلبها، إذا كان خروجها بسبب شرعي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (٢٤٧٠١) تاريخ ١٩٨٤/٥/١٦ حيث جاء فيه: "**ان جواب المدعى عليه على الدعوى قد تضمن أن زوجته المدعية هي التي خرجت من مسكنه، ورجعت إلى أهلها، ورفضت العودة إليه، رغم الجاهات التي أرسلها إليها وهي تصر على تهيئة منزل مستقل خاص بها عن والدته وشقيقه الذين يسكنان معه في المسكن المذكور، حتى تعود إليه وهو غير قادر على ذلك**"[١]. يضيف القرار "**ومن جهة أخرى فان الموقف القضائي في مثل هذه الدعوى ومثل الجواب المذكور مع الإجابة على أن مدة ذهاب الزوجة المدعية إلى أهلها اكثر من سنة، هو لزوم التحقيق في المسكن الذي خرجت منه الزوجة هل هذا المسكن شرعي أم لا؟ ليمكن معرفة ما إذا كان خروجها من المسكن بعذر شرعي أم لا؟**"[٢].

وهذا يعني انه ان كان خروجها من مسكن زوجها وغيابها أو تعرضها للهجر بعذر شرعي كان يكون مسكن الزوج غير شرعي كما في القرار السابق وطلبها التفريق بعد ذلك فانه يجاب طلبها، وقد تأكد هذا المبدأ في القرار رقم (٢٤٩٣٣) تاريخ ١٩٨٤/٩/١ والذي جاء فيه "**ان المدعية تدعي ان زوجها المدعى عليه قد طردها من مسكنه في مدينة القدس، مما اضطرها إلى الحضور إلى عمان، والإقامة عند أهلها، وانه لا بد من ثبوت ذلك وان تحلف المدعية اليمين الشرعية على ذلك لتوافق اليمين الدعوى عملا بالمادة (١٢٥) من قانون الأحوال**

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٦.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٦.

الشخصية، ومن جهة أخرى لتثبت معذرتها الشرعية في رجوعها إلى أهلها"[1]

إضافة إلى ان المتسبب في مثل هذه الحالة بالغيبة هي الزوجة، والضرر الذي احقها هو نتيجة فعلها وغيابها عن مسكن زوجها، بل ان الضرر قد يلحق الزوج بهذا الفعل، ولا يعقل أن تتسبب الزوجة بالضرر لنفسها ولزوجها ثم تعطى الحق بتطليق نفسها من زوجها لرفع الضرر عن نفسها ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.[2]

كما أن على الزوجة الانقياد لأحكام عقد الزواج، ومن أهم هذه الأحكام إطاعة زوجها في مسكنه، ولا تخرج منه إلا بإذنه، وبخروجها تكون قد خالفت ما يوجبه عليها عقد الزواج من التزامات وحقوق لزوجها.

وعليه فان الباحث يرى أن اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في محله وموافق لما عليه المذهب المالكي والحنبلي.

---

(1) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٧-٢٣٨ .

(2) انظر المادة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الرابع: الأعذار المبيحة لغياب الزوج

اشترط قانون الأحوال الشخصية في المادة(١٢٣) لجواز التفريق بين الزوجين ان يكون غياب الزوج عن زوجته سنة فاكثر بلا عذر مقبول، ولم يبين القانون ما هي الأعذار المقبولة للغياب، والأعذار التي لا تقبل، والقانون اخذ بهذا الشرط من المذهب الحنبلي[١]، وقد ذكر الحنابلة بعض هذه الأعذار على سبيل المثال لا الحصر كطلب العلم، والغزو، والحج الواجبين، وطلب الرزق[٢].

ولم تتعرض الأسباب الموجبة لوضع هذه المادة للأعذار المقبولة للغياب، والأعذار غير المقبولة، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري بعض الأمثلة على اعتبار إنها أعذار مبيحة لغياب الزوج ومنها: طلب العلم والتجارة وانقطاع المواصلات، إلا ان محكمة النقض المصرية قد قيدت هذه الأعذار بان المعتبر في ذلك ان لا يقصد الزوج بالغياب الأذى والإضرار بزوجته، بحيث يتعين ثبوت ان الزوج لا يستطيع نظرا لظروفه نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة وذلك في الطعن رقم (٣٤) لسنة ١٩٤٨جلسة ١٩٧٩/٦/١٣[٣].

محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية قضت أن هناك أموراً تُعد أعذاراً تبيح للزوج الغياب عن زوجته، ولا تسمع دعوى الزوجة طلبها التفريق للغياب إذا ثبت انه غاب عنها لأحد هذه الامور، ويمكن إيجاز هذه الأعذار بثلاثة أسباب:

أولاً: الغياب للعمل

قررت المحكمة في العديد من قراراتها ان العمل يعتبر عذرا مقبولا لغياب الزوج عن زوجته، وبالتالي لا يجوز لزوجة الغائب من اجل العمل طلب التفريق للغياب، واعتبرت ان مجرد العمل يعد عذرا مقبولاً، ولم تقيد هذا العذر بأي قيد، وذلك في القرار رقم (٢١٤٦٧) والقرار رقم (٢١٥١٣) والقرار رقم (٢١٤٩٢) تاريخ ١٩٨٠/٦/٢٥[٤].

---

[١] وقد أشرنا ان المالكية لم يشترطوا هذا الشرط لجواز التفريق.

[٢] البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣.

[٣] البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ج٢/ ص٤١٠. عبدالتواب معوض، موسوعة الأحول الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٦، ١٩٩٥م، ج١، ص٧٠١.

[٤] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٤.

والناظر في كتب المذهب الحنبلي المستمد منها هذا الشرط عند ذكره وضرب الأمثلة عليه قالوا:"وطلب رزق محتاج إليه"[1] وتقييد طلب الرزق بالحاجة أمر هام لم يذكره الفقهاء عبثا، بل هو مقصود فمن طلب الرزق من غير حاجة له، وغاب عن زوجته فقد ظلمها وتعدى على حقوقها وفضل المال على اعفافها، فإن كان غير محتاج لهذا العمل بما يملك، فيجب ان لا يعذر بهذا الغياب، وكذلك الحال فيمن يجد عملاً في بلده يتكسّب منه، ويسد حاجته من عمله هذا ثم يتركها ويغيب عن بلده المدة الطويلة، فيجب ان لا يعذر بهذا الغياب.

وكذلك فان من يعمل خارج بلده، ويستطيع أن يصطحب زوجته معه في مكان عمله، ولم يفعل فيجب أن لا يعذر في غيبته أيضا وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها رقم (٣٤) جلسة ١٩٧٩/٦/١٣ والذي أشرنا إليه آنفا والذي جاء فيه انه :"**يتعين ثبوت إن الزوج لا يستطيع نظرا لظروفه نقل زوجته إليه**" وقد تركت المحكمة في النهاية اعتبار العذر لقاضي الموضوع، دون رقابة منها طالما كان استخلاصه سائغا من قاضي الموضوع.

ومن المعلوم أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان. واختلاف الزمان وتقدم وسائل المواصلات في هذا العصر، جعلت باستطاعة الإنسان مهما كان مكان عمله بعيداً، الحضور إلى أهله ويعود إلى مكان عمله، دون أن يؤثر ذلك على عمله، مما يحتِّم على المحكمة إعادة النظر في اجتهادها السابق.

لكل ذلك فان الباحث يرى ان يكون العمل عذرا مقبولا لغياب الزوج مقيدا بقيود وهي:

١. ان يكون الغائب محتاجاً إلى عمله الذي غاب من اجله في رزقه بحيث لا يجد في بلده عملا، أو أملاكا يستطيع أن يسد حاجته منهما انسجاماً مع ما قرره فقهاء المذهب الحنبلي، الذي اخذ منه اشتراط عدم وجود المعذرة.

٢. ان يتعذر عليه اصطحاب زوجته معه في مكان عمله وإقامته حيث يقيم.

---

(1) المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٥٥. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٩٩. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص١٩٣.

٣. أن لا يتمكن الغائب من الحضور إلى زوجته خلال سنة من غيابه عنها.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن محكمة النقض المصرية قد قيدت العمل كسبب مبيح لغياب الزوج بقيود، وهو ما ذهبت إليه أيضا محكمة النقض السورية في قرارها رقم (١٢٣) تاريخ ١٩٧٧/٣/١٠ حيث قيدت ذلك بان يثبت الزوج بأنه لا يستطيع ضم زوجته إليه في مكان إقامته وانه مضطرّ لغيبته هذه[١].

ثانيا: إذن الزوجة وموافقتها لزوجها على الغياب

قررت محكمة الاستئناف الشرعية ان موافقة الزوجة، وإذنها لزوجها بالسفر، والغياب عنها يعد عذرا للزوج في غيابه، فإذا أذنت له بالغياب عنها ثم طلبت التفريق عنه، بسبب هذا الغياب فلا تجاب لطلبها هذا، وذلك في القرار رقم (٩٤٨٤) تاريخ ١٩٥٧/٥/٦[٢]، والقرار رقم (١٣٨٢٦) تاريخ ١٩٦٥/٣/٢[٣]، والقرار رقم (٢٠٢٦٥) تاريخ ١٩٧٨/٨/١٥[٤]، والقرار رقم (٣٨٨٩٨)[٥]

ولم يتعرض القانون ولا فقهاء المذهب الحنبلي لهذه المسألة، في حدود اطلاعي -رغم بحثي عنها- إلا أن محكمة الاستئناف بنت رأيها هذا على ما يبدو للباحث المصلحة والقواعد العامة للشريعة الإسلامية السمحة، إذ أن إذن الزوجة لزوجها بالسفر والغياب تنازل منها عن حقها طيلة غياب زوجها عنها، وطلبها التفريق عنه بعد غيابه ورضاها بهذه الغيْبَة وتنازلها عن حقها هو سعي منها لنقض ما تم من جهتها، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه[٦]

نظرة وتعقيب:

ان إذن الزوجة بالغياب لا يمنع وقوع الضرر عليها، إذ أنها تتضرر من غياب

---

[١] استانبولي: أديب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط٣، ١٩٩٧م، ج١، ص٣٩٣.

[٢] عمرو: القرارات القضائية، ص٥١. داود: القرارات القضائية، ج١،ص٢٢٦.

[٣] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٢٧.

[٤] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٣١.

[٥] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٤٥.

[٦] انظر المادة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية.

زوجها عنها سواء أذنت له بذلك أم لا، كما أن الأذن لا يعني بالضرورة ان تكون هذه الغيبة طويلة جداً بحيث تتجاوز السنة، ويعرض كلا الزوجين للفتنة، فيجب عند ادعاء الزوج بالأذن ان يبين أنها أذنت له ووافقت على غيابه فترة كذا وانه لم يتجاوز المدة التي أذنت بها، ثم أن من يملك الأذن يملك الرجوع عنه[1]، وطلبها التفريق هو رجوع منها عن هذا الأذن، ومتى رجعت عن الأذن اصبح غيابه بلا عذر من تاريخ رجوعها.

وعليه فان الباحث يرى بان أذن الزوجة بالغياب يجب أن يتقيد بقيدين:

القيد الأول: أن لا يزيد غياب الزوج عن المدة التي أذنت بها الزوجة.

القيد الثاني: ان لا تكون الزوجة قد عادت عن الأذن له بالغياب على ان لا تتعسف في ذلك.

ثالثاً: السجن

جاء في قراري محكمة الاستئناف الشرعية رقم (١٤٦٢٧) تاريخ ١٩٦٦/٧/٢١[2] و(٢٤٨٣٠) تاريخ ١٩٨٤/٧/١٥[3] إن سجن الزوج أثناء غيبته يُعدّ معذرة مشروعة له في غيابه عن زوجته.

ولم يتعرض القانون ولا الفقهاء لهذه المسألة، ومعلوم ان السجين لا يملك أمر نفسه، ولا يستطيع أن يعود إلى زوجته، وبالتالي فان غيابه هذا يكون لأمر خارج عن إرادته وقدرته، فلا يمكن اعتبار غيابه هذا بلا سبب يعذر له، وعليه فان اجتهاد المحكمة في محله ويوافق القواعد العامة للشريعة الغراء،وقد استقر اجتهاد المحاكم المصرية على هذا أيضا حتى اصبح من مبادئ القضاء الشرعي المصري[4]، إلا أن هذا العذر لغياب الزوج لا يمنع الزوجة من طلب التفريق عنه لأي سبب أخر، كالتفريق للسجن، أو العجز عن دفع النفقة أو غيرها.

---

[1] استنابولي: المرشد في قانون الاحوال الشخصية،ج١، ص٤٨٦.

[2] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٢٧.

[3] داود: المرجع السابق، ج١، ص٢٣٧.

[4] الجندي: احمد نصر، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، دار الفكر العربي، ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، ج٢، ص١٣١٢.

المطلب الخامس: استعداد الزوج لأخذ الزوجة للإقامة معه، والدفوع الواردة على ذلك.

سبق ان أشرنا ان القانون اشترط قبل التفريق وبعد ثبوت الدعوى، إعذار الزوج إذا كان معلوم محل الإقامة، وأمكن وصول الرسائل إليه، بان يحضر للإقامة مع زوجته، أو ينقلها إليه، أو يطلقها[١] .

فإذا اعذر القاضي الزوج، واستعد لنقل زوجته إليه حيث يقيم ويمارس عمله، وامتنعت الزوجة عن الانضمام لزوجها، والسفر إليه، إلا ان امتناعها ورفضها للانضمام لزوجها ليس تعنتاً، بل لها مبرر في هذا الامتناع، وقد عرضت على محكمة الاستئناف عدة مسائل في هذا الموضوع، اختلفت أحكامها باختلاف السبب الذي يمنع الزوجة من الانضمام لزوجها لأجله، وقانون الأحوال الشخصية لم يتعرض لهذه المسائل، وقد أصدرت المحكمة اجتهادها في تلك المسائل، وسنتعرض لهذه المسائل فيما يلي:

أولاً: امتناع الزوجة عن الانضمام إلى الزوج لانشغال ذمته بالمهر المعجل

أعطى قانون الأحوال الشخصية الزوجة الحق بالامتناع عن الزفاف، والانتقال إلى بيت الزوجية حتى تستوفي مهرها المعجل، كما أن انشغال ذمة الزوج بالمهر المعجل سواء قبل الدخول أو بعده دفع شرعي صحيح لدفع دعواه على زوجته بطلبها للطاعة الزوجية في مسكنه، فإذا ثبت انشغال ذمة الزوج بالمهر المعجل فلا تلزم الزوجة بالانتقال إلى بيت الزوجية ولا يحكم عليها بالطاعة[٢] .

فإذا اعذر الزوج في دعوى التفريق للغيبة والضرر، وأبدى استعداده لنقل زوجته إلى حيث يقيم، وامتنعت الزوجة من النقلة إليه، وأبدت أن امتناعها هذا بسبب انشغال ذمة الزوج بمهرها المعجل،فهل يقبل منها هذا الدفع، أم لا يلتفت إليه ولا يعتبر دفعا شرعيا صحيحاً؟.

---

[١] المادة (١٢٤) من قانون الأحول الشخصية.

[٢] انظر المادة (٣٧) و (٦٧) من قانون الأحول الشخصية.

لم يتعرض القانون لهذه المسالة-كما أسلفت-، كما لم اقف عليها في كتب الفقه في حدود اطلاعي -رغم بحثي عنها-وتعرضت لها محكمة الاستئناف الشرعية في قراراتها رقم (١٧٨٣٩) تاريخ ١٩٧٣/١٢/٨[١] ورقم (١٨٠٠٤) تاريخ ١٩٧٤/٤/٧[٢] حيث قررت أن انشغال ذمة الزوج بالمهر المعجل لا يبرر امتناع الزوجة من الانتقال إلى بيت الزوجية، في مكان إقامة المدعى عليه -زوجها-، وان هذا الدفع لا قيمة له.

وعليه تكون الزوجة هي الممتنعة من الإقامة مع زوجها، وتكون غير محقة في دعواها فترد الدعوى، واستندت محكمة الاستئناف في اجتهادها هذا إلى سببين:

الأول : إن هذه الدعوى إنما هي من الزوجة رغبة منها بالإقامة مع زوجها، من اجل دفع الضرر عنها لبعد زوجها عنها، فإذا امتنعت عن الإقامة معه بهذه الحجة فإنها تكون هي المتسببة بهذا البعد أو الهجر وبالتالي الضرر.

الثاني: ان المادة القانونية الواردة في التفريق للغيبة والهجر جاءت مطلقة من كل قيد، فلا يجوز تقييدها ببراءة ذمة الزوج من المهر المعجل، أو غيره من القيود طالما ان الزوجة تستطيع أن تنضم إلى زوجها بلا ضرر، إلا أن هذا لا يمنع الزوجة من المطالبة بمهرها المعجل، أو أثارته في دعوى الطاعة، وادعاء النشوز أو غيرها.

ثانياً: اشتراط الزوجة في عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها

فإذا اعذر القاضي الزوج في دعوى التفريق للغيبة أو الهجر، وضربت له المحكمة أجلاً لتنفيذ مضمون الاعذار، واستعد لتنفيذه بان ينقل زوجته إليه، وامتنعت الزوجة من النقلة إليه، ودفعت طلبه هذا باشتراطها عليه في عقد الزواج بان لا ينقلها من بلدها، فهل يعد هذا الشرط دفعا شرعيا لطلب الزوج بنقلها إليه، فيحكم عليه انه لم ينفذ مضمون الأعذار، وبالنتيجة الحكم بالتفريق بينهما، أم انه لا يصلح لدفع طلب الزوج النقلة، فتكون هي الممتنعة من الانتقال إليه، فيقضى برد دعواها؟.

---

[١] عمرو: القرارات القضائية، ص ٥٣.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٢٩. العربي: المبادئ القضائية، ص٧٩.

لم يتعرض الفقهاء لهذه المسألة -في حدود اطلاعي-رغم بحثي عنها- ولم تعتبر محكمة الاستئناف هذا الشرط دفعا شرعيا مقبولا من الزوجة لرد طلب الزوج نقلها إليه، فقضت بان الزوجة هي الممتنعة من الانتقال إلى زوجها، والمتسببة بالهجر والغيبة، وعليه قضت برد دعواها وذلك في القرار رقم (١٨٠٠٤) تاريخ ١٩٧٤/٤/٧[١].

وقد اخذ قانون الأحوال الشخصية باعتبار شروط أحد الزوجين على الآخر في عقد الزواج من المذهب الحنبلي[٢]، الذي قرر فيه فقهاؤه بان إخلال الزوج بشروط الزوجة المشترطة لمصلحتها، ومخالفتها يعطي الحق لصاحب الشرط بفسخ عقد الزواج فقط[٣] لا الإجبار على تنفيذ الشرط.

ومن هنا فان الباحث يرى أن اجتهاد محكمة الاستئناف جاء منسجما مع الحكمة من تشريع المواد القانونية بخصوص التفريق للغيبة والهجر، وهي رفع الضرر عن الزوجة ومع الحكمة من اشتراط بعض الشروط في عقد الزواج لمصلحة أحد الزوجين على الأخر، وهو فسخ العقد في حال عدم الوفاء بالشرط.

ثالثاً: إصرار الزوجة على نقلها إلى بلد أخر

إذا اعذر الزوج، واستعد لنقل زوجته إليه، وتنفيذ الأعذار،بما يرفع الضرر عنها، إلا ان الزوجة أصرت على نقلها إلى بلد أخر، وإنها ترفض الانتقال إلى زوجها حيث هيأ لها السكن، فهل تجاب إلى طلبها هذا؟ وهل يمكن اعتبار طلبها دفعا لطلب زوجها بنقلها إليه حيث هيأ المسكن ، أم يرد طلبها، وبالتالي رد دعواها. هذه -المسالة كسابقتها- لم اعثر على بحث لها من قبل الفقهاء.

وقد عرضت هذه المسالة على محكمة الاستئناف الشرعية، فقضت باعتبار طلب الزوجة هذا دفعا غير صحيح، وقضت-أيضا-بان إصرار الزوجة على مثل

---

[١] العربي: المبادئ القضائية، ص٧٩. داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٠.

[٢] الأسباب الموجبة للمادة (١٩) من القانون. انظر: داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٥.

[٣] إبن مفلح: شمس الدين أبو عبدالله محمد، الفروع، دار مصر للطباعة، ط٢، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م، ج٥، ص٢١٢. الجزيري: عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٩٨٦م، د.ط، ج٤، ص٨٧.

هذا الطلب يهدم دعواها، دون النظر إلى شكل المسكن الذي ستنتقل إليه؛ لان مثل هذا الطلب لا يعدو أن يكون نوعا من التعنت والطلب غير المبرر، وذلك في القرار رقم (٢٢١٤٢)(١). وهذا الاجتهاد في محله فإذا أرادت الزوجة الإقامة مع زوجها فما المانع من الإقامة في مكان عمله وإقامته ما دام قد هيأ أسباب هذه الإقامة.

رابعاً: عدم شرعية مسكن الزوج

إذا رفضت الزوجة الانضمام إلى زوجها، الذي أراد ان ينفذ مضمون الإعذار، بنقل زوجته إليه، وكان رفض الزوجة بحجة عدم شرعية مسكن الزوج، كما لو كانت غير أمينة على نفسها فيه، خشية التعرض للإيذاء فيه، وثبت ذلك للمحكمة سواء أكان الزوج قد طلبها للطاعة فيه،وثبت للمحكمة ذلك من خلال بحثه في دعوى الطاعة، أو أثبتت الزوجة ذلك بإحدى طرق الإثبات، فهل يُعد هذا الرفض دفعا مقبولا من الزوجة؟ أم انه كبقية الدفوع السابقة التي تثار من قبلها عند رفضها إجابة طلب الزوج النقلة إليه؟.

اعتبرت محكمة الاستئناف هذا الدفع دفعا صحيحا من قبل الزوجة،وعليه فان الزوج الذي يطلب زوجته لتنفيذ مضمون الإعذار في مسكن غير شرعي، لا يُعد منفذاً للأعذار، وعليه فان المحكمة تحكم بتطليق زوجته عليه كما ورد في القرار رقم (٣٩٧٣٢) تاريخ ١٩٩٥/١٢/٢١(٢) فرفع الضرر الحاصل للزوجة بسبب غياب زوجها عنها أو هجره لها، لا يكون بإلحاق ضررٍ أخر سيحصل لها بسبب إسكانها في مسكن غير شرعي لا تكون آمنة فيه على نفسها، أو تتعرض فيه للأذى إذ يمكن رفع الضرر عن الزوجة، بإنهاء الهجر ورفع الضرر عنها ونقلها إلى مسكن شرعي تكون أمينة فيه على نفسها.

وعليه فان الباحث يرى ان اجتهاد محكمة الاستئناف موافق للصواب.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٢.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٤٦.

المبحث الثاني
الاجتهاد الصادر في
دعاوى التفريق للنزاع والشقاق

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم النزاع والشقاق

المطلب الثاني: بناء الدعوى على ارتكاب الكبائر.

المطلب الثالث: رفع الدعوى والمدعى عليه مجنون أو معتوه.

المطلب الرابع: التحكيم في الشقاق والنزاع.

المطلب الأول : مفهوم النزاع والشقاق

وفيه فرعان:

الفرع الأول: النزاع والشقاق لغة

النزاع لغة: النون والزاي والعين اصل صحيح يدل على قلع الشيء[1] والمنازعة: المجاذبة في الأعيان والمعاني والمنزعة: الخصومة والمنازعة في الخصومة: مجاذبة الحجج فيما يتنازع فيه الخصمان، نقول: تنازع القوم: اختصموا بينهم[2].

الشقاق لغة: من شق، الشين والقاف اصل صحيح يدل على إنصداع في الشيء[3]، والشقاق من شاقّه ومشاقّه وشقاقاً: هو الخلاف وغلبة العداوة. يقال: انشقت عصى القوم بعد التئامها إذا تفرق أمرهم، وسمي شقاقاً لان كل فريق من فرقتي الخلاف قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه[4].

الفرع الثاني: النزاع والشقاق اصطلاحا

هو اشتداد الخلاف بين الزوجين بحيث تصبح هذه الخلافات مستعصية على الحل والإصلاح بين الزوجين ويتعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما ويضر أي منهما بالأخر.

خلاصة آراء الفقهاء في ظهور النزاع والشقاق بين الزوجين:

إذا ظهر النزاع والشقاق بين الزوجين فإذا كان المتضرر من هذه الخلافات هو الزوج، فقد جعل الله -سبحانه وتعالى- أمر الطلاق بيده فيستطيع أن ينهي هذه الخلافات، ويتخلص من هذه المشاكل، ويرفع الضرر عن نفسه بإيقاع الطلاق على زوجته.

وإذا كانت المتضررة هي الزوجة، وادعت ظلم الزوج لها وإضراره بها

---

[1] إبن فارس: معجم مقاييس اللغة،ج٥،ص٤١٥،باب النون والراء وما يثلثهما.

[2] إبن منظور: لسان العرب، المجلد الثامن، ص٣٥٢،باب العين المهملة فصل النون.

[3] إبن فارس: معجم مقاييس اللغة، جز٣،ص١٧٠،كتاب الشين، ما جاء في كلام العرب أوله شين في المضاعف والمطابق.

[4] إبن منظور: لسان العرب، المجلد العاشر، ص١٨٣، باب القاف فصل الشين المعجمة.

ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ورفعت أمرها إلى القاضي، فبإجماع الفقهاء يبعث القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهلها إن أمكن ذلك، وإلا فمن غير أهليهما وذلك امتثالاً لقوله تعالى ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾ [1].

ويكون واجب الحكمين الإصلاح بين الزوجين، بأن يبذلا جهدهما ويخلصا نيتهما في محاولة الإصلاح وحل المشاكل بينهما، فان أمكنهما الإصلاح والجمع بينهما فقولهما نافذ عليهما بلا إذن أو توكيل من الزوجين، كما أن قولهما نافذ بحق الزوج في التفريق، وفي حق الزوجة بالمخالعة، إذا كان بتوكيل من الزوجين للحكمين في التفريق والمخالعة[2]. وإن لم يتمكنا من الإصلاح بينهما اختلف الفقهاء فيما إذا لم يتمكن الحكمان من الإصلاح بين الزوجين، فهل لهما أن يفرّقاء بينهما بلا إذن الزوج وموافقته وتوكليه لهما، ام انه لا بد من توكيل الزوج للحكمين بالتطليق أو توكيله ذلك للحكم الذي من أهله، وهل لهما أن يخالعا على شيء من مهر الزوجة وإلزام الزوجة به بلا إذنها وموافقتها وتوكليها ذلك للحكمين، أو للحكم الذي من أهلها، وهل للقاضي أن يحكم بالتفريق بناء على ما قرره الحكمان ان قررا التفريق، وهل له أن يحكم بإلزام الزوجة بهذه المخالعة، أن ألزماها شيئا دون توكيل من الزوج بالطلاق وتوكيل من الزوجة بالمخالعة؟.

ذهب الحنفية[3] والشافعية في الأظهر[4] ورواية عن احمد[1] إلى: انه ليس

---

(1) النساء آية (٣٥).

(2) إبن رشد: أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ج٤، ص٤١٦، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود. الدوري: قحطان عبدالرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود، بغداد، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، ص٤٥١.

(3) الجصاص: أبو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، دط، دس، ج٢، ص١٩٩.

(4) الشافعي: الأم، ج٥، ص١٦٨و١٦٩. النووي: يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ج٥، ص٦٧٧و٦٧٨، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. الشربيني: محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب

للحكمين التفريق بين الزوجين، ولا إلزام الزوجة بالمخالعة، إلا بتوكيل من الزوج بالطلاق ومن الزوجة بالمخالعة، وليس لأحد ان يلزم أحدهما بالتوكيل في ذلك ان رفضا التوكيل، ومن ثم فليس للقاضي الحكم بذلك بناء على قرار الحكمين إلا بتوكيل من الزوج والزوجة كلٌ بما يملك، فالحكمان عندهم وكيلان بالتفريق والمخالعة وليسا حاكمين، وبالتالي ليس للزوجة التفريق عن زوجها للضرر الحاصل لها من النزاع والشقاق رغما عن الزوج، بل يأمره القاضي بحسن عشرتها، وتأدية حقوقها عليه، ويمنعه من ظلمها واستطالته عليها، فان لم يستجب عزره القاضي ورفع الضرر عنها بذلك.

وذهب المالكية[2] وقول للشافعية[3] ورواية عن احمد[4] إلى أن الحكمين حاكمان وليسا وكيلين، وان لهما الجمع والتفريق بين الزوجين، سواء كان التفريق بغير غرم تغرمه الزوجة أو بغرم شيء من مهرها أو كله، أو أي مال يريان أن تدفعه لزوجها، وان قرارهما نافذ بحق الزوج في التطليق ونافذ بحق الزوجة بإلزامها بالمخالعة أن رأيا ذلك، وبناء عليه فان على القاضي أن يحكم بما قرره الحكمان، دون توكيل من الزوج بالطلاق، أو توكيل من الزوجة بالمخالعة، فيفرق بينهما إذا اضر الزوج بزوجته.

العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م،ج٤، ص٤٢٩، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود.

(1) إبن قدامه: المغني، ج١٠، ص٢٦٤. إبن قدامه: موفق الدين عبدالله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام احمد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ج٣، ص٩٤، تحقيق: محمد فارس ومسعود عبدالحميد السعدني.

(2) إبن رشد: أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد، مقدمات إبن رشد لما اقتضته المدونة من أحكام، بهامش المدونة، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، د.ط، ج٢، ص٢٥٤. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٢١٣. الحطاب: مواهب الجليل ، ج٤، ص٢٦٣. الموّاق: التاج والإكليل،ج٥، ص٢٦٥. الخرّشي: حاشية الخرّشي، ج٤، ص٤١١.

(3) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٦٧٧و٦٧٨. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٤٢٨.

(4) إبن قدامه: المغني ج١٠، ص٢٦٤. إبن قدامه: الكافي، ج٣، ص٩٤.

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

أجاز قانون الأحوال الشخصية الأردني لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق للنزاع والشقاق، معتمدا في إعطاء هذا الحق للزوجة على رأي المالكية، وعلى قرار حقوق العائلة العثماني[1] في إعطاء هذا الحق للزوج؛ تحقيقا للعدالة والمساواة بين الزوجين[2]، وعالج ذلك في المادة من ١٣٢ منه والتي تنص على :"**إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الأخر به قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية**".

وقد سلك قانون الأحوال الشخصية الأردني هذا المسلك متبعا في ذلك الكثير من قوانين الأحوال الشخصية العربية التي ساوت بين الزوجين في طلب التفريق للنزاع والشقاق ومنها على سبيل المثال :

أ-قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ لعام ٥٣ والذي ينص في المادة (١١٢) منه على :"**إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الأخر بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق**".

ب-مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما والذي وضع بين عامي (١٩٥٩-١٩٦١) حيث أعطى هذا الحق للزوج في المادة (١٩٠) منه معللاً ذلك بان:"**عدم إعطاء الزوج هذا الحق سيجعل إساءة الزوجة المشاكسة وسيلة تؤدي إلى اضطرار الزوج إلى الطلاق**

---

[1] نصت المادة (١٣٠) من قرار حقوق العائلة العثماني على ما يلي:"إذا ظهر بين الزوجين نزاع وشقاق وراجع أحدهما الحاكم، يعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وإذا لم يجد حكما من أهلهما أو وجد ولكن لم تتوفر فيه الأوصاف اللازمة يعين من غير أهلهما من يراه مناسباً. فالمجلس العائلي الذي يتألف على هذه الصورة يصغي إلى شكاوي الطرفين ومرافعاتهم ويدقق فيها ويبذل جهده لاصلاح ذات بينهما، فإذا لم يكن الإصلاح، وكان الذنب على الزوج يفرق بينهما، وإذا كان على الزوجة يخالعها على كامل المهر أو على قسم منه، فإذا لم يتفق الحكمان يعين الحاكم (هيئة حكمية) أخرى من غير أهليهما حائزة للأوصاف اللازمة أو حكما ثالثا من غير أهلهما، ويكون حكم هؤلاء قطعياً وغير قابل للاعتراض". صدر تنفيذ هذا القرار في ١ محرم سنة ١٣٣٦هـ الموافق ٢٥ تشرين الأول ١٩٣٣م.

[2] الأسباب الموجبة لوضع المادة (١٣٢) من قانون الأحول الشخصية، انظر: داود:القرارات الاستئنافية،ج١، ص٢٥١.

وتحميله تبعات ذلك من نفقة عدة ومؤخر الصداق والتعويض دون ان تتحمل أي مقابل" [1].

ج-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والذي أعطى الزوج هذا الحق في المادة أربعين منه والتي جاء فيها :"**إن لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب التالية ومن هذه الأسباب إذا اضر أحد الزوجين بالأخر ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية**".

د-قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ والذي أعطى الزوج أيضا هذا الحق في المادة (١٢٦) منه والتي جاء فيها :"**لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الأخر به قولا أو فعلا بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما**".

بينما لم يعط القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الزوج الحق في طلب التفريق عن زوجته للنزاع والشقاق فيما أعطى الزوجة ذلك في المادة السادسة منه، حيث التزم هذا القانون بالفقه المالكي في هذه المسألة .

ومن استعراض نص المادة (١٣٢) و(١٣٣) من قانون الأحوال الشخصية نجد ان القانون قد حدد عناصر دعوى التفريق للنزاع والشقاق بما يلي:

١. أن يدعي أي من الزوجين وجو النزاع والشقاق بينهما.

٢. أن يدعي تعذر استمرار الحياة الزوجية.

٣. أن يدعي انه قد تضرر من وجود النزاع والشقاق.

---

[1] مشروع قانون الأحول الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما مع مذكرته الإيضاحية، قام بوضعه لجنة خاصة، دار القلم، دمشق ، الدار الشامية، بيروت، ط١، ص١٩٨.

المطلب الثاني: بناء الدعوى على ارتكاب الكبائر

فرق قانون الأحوال الشخصية الأردني في إثبات الدعوى بين ان تكون المدعية هي الزوجة، وان يكون المدعي هو الزوج، فقد جاء في المادة (١٣٢) فقرة أ :"**إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وأثبتت إضرار الزوج بها**" فالمطلوب من الزوجة في إثبات دعواها إثبات إضرار الزوج بها، فإذا أثبتت ذلك يُسار بباقي إجراءات الدعوى بينما قضت الفقرة ب من نفس المادة على :" **إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق**" فالمطلوب من الزوج إثبات وجود الشقاق والنزاع، وعليه تبنى دعوى الزوج على وجود الشقاق والنزاع بينه وبين زوجته، فإذا اثبت يسار بباقي إجراءات الدعوى، ومع ذلك فلا بد أن تدعي الزوجة بوجود الشقاق والنزاع بالإضافة إلى الضرر، ولا بد أن يدعي الزوج بتضرره من الشقاق والنزاع، كما جاء في صدر هذه المادة والذي ينص:" **إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية**".

فإذا أقامت الزوجة دعواها التفريق للنزاع والشقاق، مستندة في ذلك إلى فسق الزوج وارتكابه الكبائر والموبقات، كشرب الخمر والزنا، أو انه يرتكب معها اللواط، ومسببة طلبها التفريق انه يقترف مثل هذه الكبائر، ولم تدع بتعدي اثر هذه الكبائر إليها، فهل تجاب إلى طلبها وتسمع دعواها بهذه الصورة.

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة، فيما تعرضت لها محكمة الاستئناف الشرعية في العديد من قراراتها حيث جاء في القرار (٢٢٧٥٣) تاريخ ١٩٨٢/٣/١٨ :"**رغم إقرار الزوج على نفسه بهاتين الكبيرتين، اللتين يلحقهما الحد بحكم الشرع، فان ما استقر عليه الفقه، عند فقهاء مذهب الإمام مالك المأخوذ منه حكم التفريق بين الزوجين لاضرار الزوج إيجابا كان هذا الإضرار أو سلبا فان فسق الزوج بارتكابه مثل هذين المحرمين الزنا وشرب الخمر لا يوجب تطليق الزوجة، ما لم يتعد أثر هذا الفسق إليها، والأصل الذي يرجع إليه في ذلك وفي تقدير الضرر عندهم هو العرف والبيئة التي يعيش فيها الزوجان، فلا يطلق**

القاضي عند المالكية إلا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها قد الحق بما ارتكب الضرر بها قولا أو فعلا حسب العرف والبيئة وهما ما يقوم بهما اعتبار ذلك بالنسبة لهما وثبت وقوع الضرر عليها"(١).

وجاء في القرار رقم (٢٥٠٤٩) تاريخ ٨٤/١٠/١٨ :"تبين أن الشهود الثلاثة الذين سمعتهم المحكمة وان شهدوا بتعاطي المدعى عليه للخمر وإدمانه، وهو من الكبائر يلحقه الحد بحكم الشرع إلا أن هؤلاء الشهود لم يشهدوا بأنه قد ترتب على ما ذكر تأذي المدعية وتضررها واستحكام الشقاق والنزاع بينهما بسبب ذلك وهو ما لا بد من إثباته بالوجه الشرعي في مثل هذه الدعوى"(٢).

كما جاء في القرار رقم (٢٩٤١٠) تاريخ ٨٨/١١/٣ :"قدمت المستأنفة استئنافها على الحكم برد دعواها طلبها التفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه وذكرت في استئنافها كان المستأنف عليه يرتكب معها اللواط، والمحكمة ردت دعواها، بدون ان تعير لهذا السبب اهتماما... لدى التدقيق تبين ان ما ادعته المستأنفة في لائحة دعواها، وما وضحته وحصرت فيه في المحضر طلبها التفريق بينها وبين زوجها المستأنف عليه لا يتشكل به دعوى تفريق للنزاع والشقاق، تنطبق عليه شروط المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية، رغم أن العمل المذكور المدعى فعله منه معصية محظورة، ومستنكرة شرعا بحيث يستحق من يقدم عليه العقوبة المقررة شرعا، ولا يترتب عليه في حد ذاته تفريق بين الزوجين ما لم يدعي معه وبسببه موجبه المقرر له في المادة المار ذكرها من القانون المذكور، ولذلك فقد كان الحكم برد دعوى المستأنفة صحيحا"(٣).

<u>نظرة وتعقيب:</u>

ومما تقدم من قرارات المحكمة يتبين للباحث أن محكمة الاستئناف اعتبرت ان مجرد فسق الزوج، وارتكابه للمعاصي مهما كانت كبيرة، لا يبرر ولا يبيح للزوجة

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية،ج١، ص٢٦١. عمرو: القرارات القضائية، ص٨١.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٨.

(٣) داود:القرارات الاستئنافية،ج١، ص٢٧٤. عمرو: القرارات القضائية، ص٩٠.

طلب التفريق لأجل ارتكابه المعاصي فقط، وطلبها التفريق لذلك مردود، والمدقق في قرارات المحكمة يجد إنها لم تجب طلب الزوجة هذا، لان الزوجة لم تدع بأنها تأثرت وتأذت من جراء ارتكابه لهذه المعاصي، ولم تدع بان اثر ارتكاب هذه المعاصي تعدى إليها وأنها تضررت من ذلك، حيث جاء في القرار (٢٢٧٥٣) :"ان **مجرد فسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعدى اثر هذا الفسق إليها وانه قد الحق بما ارتكب الضرر بها**" وفي القرار (٢٥٠٤٩) :"**بان الشهود لم يشهدوا بأنه قد ترتب على ما ذكروا تأذي المدعية وتضررها واستحكام الشقاق والنزاع بينهما بسبب ذلك**، وفي القرار (٢٩٤١٠) **بأنه لا يترتب على المعصية المدعى فعلها التفريق، ما لم يدع معه وبسببه موجبه المقرر له وهو استحكام النزاع والشقاق بسببه وتضررها منه**"، فإذا أقامت الدعوى وادعت بناء على الأسباب السالفة الذكر كما أوضحت القرارات الاستئنافية وادعت تعدي اثر هذه المعاصي إليها وحصول الضرر لها بارتكابه هذه الكبائر، فان الدعوى تكون مسموعة ومقبولة، بل ان الزوجة قد تدعي أسبابا اقل أهمية من هذه الأسباب، وتجاب إلى طلبها كسبه لها أو إعراضه عنها.

وقد صرح فقهاء المذهب المالكي الذي استمد منه القانون حكم التفريق بين الزوجين للإضرار بالزوجة، بان السبب المبيح لطلب التفريق هو الضرر الواقع على الزوجة فإذا لم تدع تضررها فلا تطليق، وهذا ما ذكره العلامة خليل[1] في مختصرة بقوله "**ولها التطليق بالضرر**"[2] ، وسلك شرّاح المختصر على ذلك، وضربوا الأمثلة على الضرر، فذكروا منها[3] إذا قطع كلامه عنها، أو حوّل وجهه عنها في الفراش[4] ، أو شتمه لها كقوله: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر ، يا بنت

---

[1] خليل: ضياء الدين ابو المودة خليل بن اسحاق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي، توفي ٧٦٧هـ، من كبار فقهاء المالكية ، من تصانيفه: المختصر في الفقه المالكي، وشرح على المدونة،وشرح على ابن الحاجب. انظر: كحّاله: عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج١، ص٦٨٠.

[2] الدردير: الشرح الكبيرج٣، ص٢١٣. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص٢٦٣.

[3] كنت أحبذ ان لا أورد هذه الألفاظ إلا انني ولطبيعة هذا البحث ولضرورة البحث العلمي اضطررت لاثباتها.

[4] الموّاق: التاج والإكليل،ج٥، ص٢٦٥.

الملعون، وكوطئها في دبرها[1] ، وتفضيل امرأة أخرى عليها، وضربها ضربا مؤلما[2] ، حيث صرحوا عند ذكر الأمثلة على الأعمال التي تتضرر الزوجة من فعلها ضررا يبيح لها طلب التفريق كتفضيل الزوج امرأة أخرى على زوجته فكيف إذا زنا أو مارس اللواط، ولكن لا بد من الادعاء كما أسلفنا بان الزوجة قد تضررت، وتأثرت من ارتكابه لهذه المعاصي لا سيما وان معيار الضرر هو معيار شخصي يختلف من شخص لأخر، ويختلف باختلاف ثقافة الناس وطبائعهم وعاداتهم وتقاليدهم، وما تنشأوا عليه من قيم خلقية، والبيئة التي يعيش فيها الزوجان[3] ، وبالتالي فان ما تتضرر منه زوجة قد لا تتضرر منه أخرى، وعليه فلا بد ان تدعي الضرر من ارتكابه لهذه المعاصي.

وقد قررت محكمة النقض المصرية ان فسق الزوج، لمجرد ارتكاب الزوج للمعاصي بعيدا عن بيت الزوجية إذا لم يتعد اثر هذا الفسق إلى الزوجة وتضررها من هذا الفسق لا يوجب التطليق. وذلك في القضية رقم ٨٢٥/لسنة ٣٣ محكمة كرموز جلسة (٣٤/٥/٣١) والمنشور قرارها في مجلة المحاماة الشرعية رقم ٦ صفحة ٧٨٨[4]، وفي القضية رقم ٣٧١٠ محكمة السيدة جلسة (٥١/٦/١٣) المنشور في مجلة المحاماة الشرعية رقم ٢٤ صفحة ١٠٤[5].

ومن المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد المحاكم في مصر ان إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية وان هذا الفعل الشنيع ينطوي على إضرار بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وانه في معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ والتي تنص :"**إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها ان تطلب التطليق من القاضي وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا أثبتت الضرر**

---

(1) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٢١٣.

(2) الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص٢٦٣.

(3) العمروسي: أنور، المرافعات الشرعية في مسائل الأحول الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣، د.ط، ص٥٩٨.

(4) الجندي؛ مبادئ القضاء الشرعي، ج١، ص٢٩٦.

(5) الجندي؛ المرجع السابق، ج١، ص٣١٠.

وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين على الوجه المبين في المواد (٧و٨و٩و١٠و١١)"[1] وذلك في القضية رقم (٢٦٤لسنة ٣٣ محكمة كرموز جلسة ١٩٣٤/٩/٣٠) والمنشور قرارها في مجلة المحاماة الشرعية رقم ٦ صفحة ٧٩٧[2]، وأيدت محكمة النقض المصرية مثل هذا القرار في الطعن رقم ١٩/ جلسة ١٣/١١/ ١٩٧٦[3].

وكذلك الأمر بالنسبة لزنا الزوج، حيث انه يعتبر تحديا لعواطف الزوجة يثير في نفسها ألما وحرجا كبيرين، وفي ذلك من الإساءة إليها والإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، وذلك في القضية رقم (١٤١٤) محكمة الجمالية جلسة ١٩٢١/٩/١٧ والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية رقم ٢/صفحة ٤٧٥[4].

ان محكمة الاستئناف في هذه القرارات حكمت برد دعوى المدعية لسبب أنها لم تدع تضررها من هذه المعاصي، وتعدي أثرها لها، وتعذر استمرار الحياة الزوجية لارتكابه لها، إذ يشترط في هذه الدعوى أن تدعي الزوجة تضررها من ارتكابه لهذه المعاصي وانه نتيجة لذلك تتعذر استمرار الحياة الزوجية، وليس لان هذه المعاصي لا يتشكل بسببها الشقاق والنزاع أو لأنها لا تتضرر من فعله.

ان الإسلام قد بين ان ارتكاب المعاصي والذنوب سببٌ في عموم البلاء على الناس، وان اثر فعل المعاصي لا يقتصر على من يقترفها فقط[5] قال تعالى {وَاتَّقُواْ فِتْنَةً لاَّ تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُواْ مِنكُمْ خَآصَّةً وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}[6]

ومخالطة أصحاب المعاصي ومجالستهم سبب من أسباب سخط الله تعالى وغضبه ولعنه،[7] وان واجب المسلم إنكار المنكر والنهي عنه. قال صلى الله عليه

---

[1] العمروسي: أصول المرافعات الشرعية، ص٥٨٩.

[2] الجندي: مبادئ القضاء الشرعي، ج١، ص٣٠٥.

[3] طلبه: أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من إنشائها إلى سنة ١٩٣١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، دس، ج٢، ص٢٤٨.

[4] الجندي: مبادئ القضاء الشرعي، ج١، ص٣٠٢.

[5] أبو فارس: عبدالقادر، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، دار الفرقان، د.ط، د.ت، ص٥١.

[6] سورة الأنفال الآية ٢٥.

[7] أبو فارس: الأمر بالمعروف، ص٥٤.

وسلم {**من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الإيمان**"[1] وأولى درجات التغيير الإنكار بالقلب وهو فرض عين على كل مسلم ومسلمة"[2] ويكون بمقاطعة من يأتي المعاصي فلا يواكله ولا يشاربه ولا يجالسه ويظهر له الكراهية ويحتقره[3] فان لم يتغير يأتي تغيير المنكر باللسان، بان ينصحه ويزجره عن فعل المنكر، فان لم يتغير يأتي التغيير باليد.

والحياة الزوجية تقوم على الطمأنينة والسكينة والمودة والرحمة، فكيف للزوجة إظهار المودة لزوجها وحسن التبعّل له مع ما يمليه عليها واجب إنكار المنكر وتغييره.

---

(1) رواه مسلم: كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان، ج١، ص٧١. انظر: الالباني، صحيح سنن أبى داود باختصار السند صحح أحاديثه محمد ناصر الدين الألباني، الناشر مكتبة التربية العربي لدول الخليج، توزيع المكتب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م. باب الخطبة، ج١، ص٢١١.

(2) الجبرين: عبدالله بن عبدالرحمن، حاجة البشر إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إعداد أبو انس علي بن حسين أبو لوز، دار الوطن للنشر، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص٧٨. عيسى: عبده غالب احمد، أضواء على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص٣٠.

(3) قرر العلماء هذا الحكم مستندين في ذلك إلى حديث (إن أول ما دخل النقص على بني إسرائيل كان الرجلُ يلقى الرجلَ فيقول يا هذا اتق الله ودع ما تصنع فانه لا يحل لك، ثم يلقاه من الغد فلا يمنعه ان يكون أكيله وشريبه وقعيده، فلما فعلوا ذلك ضرب الله قلوب بعضهم ببعض ثم قال:{لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى إبن مريم} إلى قوله :"{فاسقون}، ثم قال: كلا والله لتامرنّ بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتاخذنَ على يد الظالم ولتأطرنه على الحق أطرا ولتقصرنه على الحق قصرا) إلا ان هذا الحديث ضعفه العلماء حيث أخرجه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الامة، المجلد الثالث، ص٢٢٧-٢٣١، رقم (١١٠٥)، كما ضعّفه احمد محمد شاكر بتحقيقه لمسند احمد حيث ذكر انه إسناده ضعيف لانقطاعه، انظر: احمد، مسند الإمام احمد ، شرحه ووضع فهارسه احمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج٤، ص٥، رقم (٣٧١٣). كذلك ضعفه شعيب الارناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي وابراهيم الزيبق في تحقيقهم لمسند احمد، انظر: احمد، مسند الإمام احمد، تحقيق شعيب الارناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي وابراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ج٦، ص٢٥٠-٢٥٢، رقم الحديث ٣٧١٣.

وعليه فان الباحث يرى أن الزوجة متضررة من اقتراف زوجها لهذه الكبائر، وان اثر هذه المعاصي يتعدى إليها وإلى كافة أفراد المجتمع وان في إقامة دعوى الشقاق والنزاع من الزوجة مستندة إلى هذه الأسباب ما هو إلا نوع من أنواع تغيير المنكر، إضافة إلى ما تتعرض له زوجة هذا العاصي خاصة من يدمن الزنى واللواط من أضرار نفسية ومادية معنوية ظاهرة ومعلومة ومن إمكانية نقل الأمراض التي أصبحت منتشرة تنتقل نتيجة هذه الأفعال المحرمة.

اكل ذلك فان الباحث يرى بأنه يكون لزاما على المحكمة وقبل ان تبادر برد دعوى المدعية ان تسال المدعية صراحة عما تتعرض له من الأذى والضرر نتيجة ما يقترفه زوجها عملاً بالمادة (٤٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي تنص:"**إذا اغفل المدعي شيئا يجب ذكره لصحة الدعوى سأله القاضي عنه ولا يُعد تلقيناً إلا إذا زاده علما**" وبما ان القانون قد أوجب على القاضي ان يسال المدعي إذا اغفل ركنا في دعواه لتوضيح دعواه واعطائها الشكل القانوني فإني أرى ان تسال المدعية صراحة عن ذلك ولا يجعل الشكل القانوني للدعوى سببا لإعفاء من يتهاون في انتهاك حرمات الله من تطبيق القانون عليه وبالتالي ترك الزوجة تعاني من هذه الأضرار.

المطلب الثالث: رفع الدعوى والمدعى عليه مجنون أو معتوه

الأصل ان دعوى التفريق للشقاق والنزاع كبقية الدعاوى، تنفذ أحكامها وتطبق على جميع الأزواج المسلمين الأردنيين، الذين يلجاؤون للتقاضي أمام المحاكم الشرعية الأردنية، طالما اقر القانون هذه الدعوى، ولا يستثنى أحد من تطبيق أحكام هذا النوع من التفريق إلا بنص، والقانون جاء عاما لم يستثن أحدا من أحكام المادة (١٣٢) منه.

وسبق لمحكمة الاستئناف الشرعية وان صدقت حكما بالتفريق للنزاع والشقاق بين زوجين أحدهما محجور عليه للجنون بقرارها، رقم (٢٩٢٢١) [١] كما إنها صدقت حكما بالتفريق بين زوجين أحدهما محجور عليه للعته، بموجب إشهاد شرعي (حجة) وليس بموجب دعوى طلب حجر حسب الأصول، وكان هذا المحجور عليه هو الزوج المدعى عليه بتلك الدعوى، وذلك بموجب القرار رقم (٢٠٩٥)[٢] .

إلا ان محكمة الاستئناف الشرعية قد أصدرت قرارا خماسيا[٣] بالإجماع مفاده "ان دعوى التفريق للنزاع والشقاق، لا تسمع إذا كان أحد الزوجين مجنونا أو معتوها، وذلك في قرارها رقم (٤٤٠٠٠) تاريخ ٩٧/١٢/٢٨ " ورغم طول هذا القرار، إلا إنني سأثبته كما صدر عن المحكمة، ومن ثم مناقشة بنوده ونص القرار كالتالي:"**قدمت المستأنفة بصفتها وصيا على ابنتها استئنافها على حكم المحكمة الابتدائية، المتضمن الحكم بالتفريق بين ابنتها والمستأنف عليه، بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع، وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم ٩٧/٩/٢٧، ولها الحق بالرجوع عليه بمبلغ ألفين وتسع وتسعين دينارا وستمائة فلس باقي مهرها، وطلبت للأسباب المذكورة في استئنافها فسخه، ولم يجب المستأنف عليه وقد تبلغ، ولدى التدقيق تبين: ان المستأنف عليه رفع دعوى التفريق للشقاق والنزاع، على زوجته المستأنفة**

---

(١) انظر القرار رقم (٤٤٠٠٠) تاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٨، داود: القرارات الاستئنافية، ج١،ص٢٩٨.

(٢) عمرو: القرارات القضائية، ص٨٦.

(٣) انظر صفحة (٢٠).

المحكوم عليها بالحجر للجنون بمواجهة الوصي المذكورة، وادعى ان زوجته أضرت به ضررا لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية، وطلب التفريق للشقاق والنزاع بينهما، وحيث أنكرت الوصي الشرعي الدعوى، كلف لإثباتها واتى بشهود، وقنعت المحكمة بشهادتهم، وبذلت المحكمة جهدها مع الوصي ووكيل المستأنف عليه للصلح، لأن المستأنف عليه رفض الحضور، فعجزت، ثم أحالت الأمر إلى حكمين، فرقا بينهما، على عوض بمقدار نسبة إساءة كل منهما، وصدقت المحكمة قرارهما، وحكمت بمقتضاه بالتفريق بين الطرفين المذكورين، بطلقة بائنة للشقاق والنزاع على الوجه المذكور فيه، وبما ان الإجراءات التي تمت في هذه الدعوى تكون عادة بين عقلاء، كمحاولة المحكمة، والحكمين الصلح بين الطرفين بالذات، وتقدير نسبة الإساءة، وحيث ان هذه المحكمة الاستئنافية أصدرت قرارا برقم (٢٩٢٢١) صدقت حكم المحكمة الابتدائية، بالتفريق للشقاق والنزاع بين زوجين إحداهما محجور عليه للجنون، فقد تقرر انعقاد المحكمة الاستئنافية من خمسة قضاة، عملا بالمادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية لرؤية هذه الدعوى وبالتدقيق تبين ما يلي:

١. ان المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني اشترطت في طالب التفريق للشقاق والنزاع إضرار الأخر به قولا أو فعلا، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية، ولفظ الإضرار الوارد في هذه المادة، يقتضي أن يكون الضرر الصادر عن الطرف الأخر مقصودا ومتعمدا، والمجنون لا يدرك كنه تصرفاته، والمعتوه ناقص الإدراك، وكلاهما مرفوع عنهما القلم، لقوله صلى الله عليه وسلم :"رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ، والمجنون حتى يفيق" [1] والمعتوه في حكم الصبي المميز، كما انهما لا يملكان إرادة محكمة وقصدا صحيحا.

جاء في قرار محكمة النقض المصرية "الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ جلسة

---

[1] رواه النسائي: كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج،ج٢،ص٧٢٣. الألباني: محمد ناصر الدين، صحيح سنن النسائي باختصار السند، صحح احاديثه محمد ناصر الدين الألباني بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٩م، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان.

١٩/١١/٧٥ " "الإضرار التي تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥/لسنة ٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمّده، سواء كان ضررا إيجابياً، من قبيل الإيذاء أو الفعل أو ضررا سلبيا...ويؤيد ذلك ان المشرع استعمل لفظ (الإضرار) لا الضرر، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها زوجها بأي نوع من أنواع الإيذاء، التي تتمخض كلها في أن للزوج مدخلا فيها، وإرادة متحكمة في اتخاذها". موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ج١، ص٤٨٦. والمادة السادسة من القانون المصري تنص:"إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق...".

٢. كما ان المادة (١٣٢) المشار إليها نصت على انه :"إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق ..." والمقصود بالنزاع هذا أن يكون مستحكما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وهذا لا يتصور وجوده إلا بين عقلاء.

٣. إن المادة (١٣٢) المشار إليها أوجبت على القاضي وعلى الحكمين ان يبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، والإصلاح لا يكون إلا بين عقلاء، كما استقر عمل هذه المحكمة على انه لا يجوز بذل الصلح إلا مع الزوجين بالذات، ولا يجوز مع وكلائهما، ولو كانوا مفوضين بالصلح عنهما، انظر القرارات الاستئنافية (٣٠١٣٠و٢٤٦٧٢و٢٤٧٣٩و٢٦٥٨٦) وقياسا عليه فانه لا يجوز مع أوليائهما، لان الأمر يتعلق بذات الزوجين.

٤. إن الفقرات (هـ، و، ز) من المادة (١٣٢) المشار إليها أوجبت على الحكمين إذا عجزا عن الإصلاح بين الزوجين التفريق حسب نسبة الإساءة، إلا إذا جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة، فيفرقان على العوض الذي يريانه، لان تحديد نسبة الإساءة بين أقوام لا عقل لهم يميزون به بين الخير والشر محاولة عابثة، ومثلهم من كان تمييزهم ناقصا وإدراكهم ضعيفا.

٥. وبناء عليه فقد تقرر بالإجماع العدول عن المبدأ المتقرر في القرار رقم (٢٩٢٢١) المذكور، وان دعوى التفريق للشقاق والنزاع لا تسمع إذا كان أحد الزوجين مجنونا أو معتوها، لذلك فقد كان الحكم بالتفريق بين المدعى عليها وزوجها المدعي المستأنف عليه للنزاع والشقاق على الوجه المذكور فيه غير صحيح، فتقرر فسخه، ولتوفر أسباب الحكم وعملا بالمادة (١٤٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية فقد تقرر رد الدعوى، وتضمين المستأنف عليه الرسوم والمصاريف وخمسة دنانير أتعاب محاماة عن الاستئناف".[١]

<u>مناقشة القرار:</u>

اعتمدت واستندت محكمة الاستئناف في قرارها هذا على أسبابٍ وأدلة في البنود الخمسة التي قررتها، وفيما يلي مناقشتها:

البند الأول :

١-ان لفظ الإضرار الوارد في المادة (١٣٢) كما يرد ويصدق ويطلق على الضرر المتعمد المقصود، فانه يرد ويصدق ويطلق على إلحاق الضرر بالطرف الأخر، سواء أكان إلحاق هذا الضرر بقصد أم بغير قصد، متعمدا كان أم غير متعمد، والمعنى اللغوي يحتمل المعنيين، وحمل المعنى على الضرر المقصود والمتعمد ليس بأولى من تعميم المعنى على إلحاق الضرر بالطرف الأخر، سواء أكان ذلك عن قصد أم غير قصد، وتخصيصه بالضرر المقصود تحكم من غير دليل.

٢-أما الاستشهاد بقرار محكمة النقض المصرية، والتي تكرر منها هذا التفسير أيضا في اكثر من قرار[٢] فيمكن مناقشته من ثلاثة وجوه:

الأول : ان ما ورد على قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، يرد على تفسير المحكمة المصرية أيضا لمعنى الضرر، من احتمال المعنى الاشمل للضرر، من أن يكون الضرر المقصود فقط.

الثاني: ان هذا القرار مُعارض بغيره، من القرارات الصادرة عن القضاء المصري،

---

[١] داود:القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٩٨-٣٠٠.

[٢] طلبه: مجموعة المبادئ القضائية، ج٢، ص٢٣٠.

والتي اُعتبرت هذه القرارات من المبادئ القضائية الشرعية، فقد ورد في المبدأ رقم ٢٢ من هذه المبادئ " إن المناط في التطليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهرا عنه" وقد استخلص هذا المبدأ في القضية رقم (٩٢٣ لسنة ٣١ محكمة شبين القناطر جلسة ١٩٣٢/١٠/٨)المنشور في مجلة المحاماة الشرعية رقم ٤ صفحة ٤٢٩ والذي تأيد الحكم به استئنافاً[١].

الثالث: ان محكمة النقض المصرية وان قررت بان المقصود بالضرر، هو الضرر المتعمد، إلا إنها لم تتوصل إلى النتيجة التي توصلت إليها محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، ولم تمنع من سماع الدعوى إذا كان أحد أطرافها مجنونا أو معتوها، حيث أقرت حكما بالتفريق بين زوجة وزوجها المحجور عليه، وذلك في الطعن رقم ٣٨ جلسة ٧٧/١/١٢ حيث جاء في قرارها "القضاء بالتطليق استنادا إلى إساءة الزوجة إلى زوجها المحجور عليه للعته واعتدائها عليه، إلى أقوال شاهدي المطعون عليه، والتي سلمت من أي طعن يردها أو يضعف الثقة فيها، وكان هذا الحكم استخلاصا موضوعيا سائغا له مأخذه من الأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، متروك لتقديرها مما لا يجوز الجدل أمام محكمة النقض[٢].

البند الثاني:

وفيه قررت المحكمة ان المقصود بالنزاع في هذه الدعوى النزاع المستحكم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجة، وان هذا النزاع لا يتصور وجوده إلا بين عقلاء، فهذا غير مُسلَّم، لان النزاع الذي يستحكم ويتعذر معه استمرار الحياة الزوجية اجدر أن يكون بين غير العقلاء، فإذا كان قد يستحكم بين العقلاء فمن الأوْلى ان يستحكم ويستعصي على الحل إذا كان أحد أطرافه مجنونا أو معتوها.

البند الثالث:

إن ما ورد فيه من ان محاولة الإصلاح لا تكون إلا بين عقلاء، فهذا يعود

---

(١) الجندي: مبادئ القضاء الشرعي، ج١، ص٢٩٥.

(٢) طلبه: مجموعة المبادئ القضائية، ج٢، ص٢٦١.

بالنقض على البند الثاني من القرار، والذي يشير إلىٰ أن النزاع المستحكم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لا يتصور إلا بين عقلاء، بالنقض لأمرين: الأول : لانه إذا امتنعت محاولة الإصلاح فهذا يعني استمرار النزاع، والثاني: إن امتناع الصلح في مثل دعوانا هذه يعني استمرار النزاع، وبالتالي تعذر استمرار الحياة الزوجية، ولذا فان مثل حال المجنون والمعتوه اجدر بان ترى وتسمع فيها الدعوى، من دعوى بين أطراف عقلاء، لان الصلح متعذر من المجنون والمعتوه.

أما كون الصلح يعرض على الزوجين بالذات ولا يجوز مع وكلائهما، ولو كانوا مفوضين بالصلح عنهما، وبالتالي لا يجوز مع الأولياء والأوصياء، كما استقر عمل المحكمة على ذلك، فان هذا متصور عند إمكانه ، وفي حالات كثيرة لا يحضر الزوجان جلسات الصلح، ويقرر عنهما وكلاؤهما بأنهما لا يرغبان بالصلح، وتقرر المحكمة عند ذلك إعراض الغائب منهما عن الصلح، لإقرار وكيله عنه بعدم رغبته في الصلح، وكذلك الأمر أمام الحكمين، ولا ترى المحكمة ضيرا في ذلك، ولها في ذلك قرارات منها القرار (٣٢٩٥٦) تاريخ ١٩٩١/٥/٢١ (١) والقرار رقم (٣٩٠٦٧) تاريخ ١٩٩٥/٦/٢٤(٢)، فإذا تعذر عرض الصلح على أحد الطرفين، فلماذا لا يُعد معرضا عن الصلح بعد تبليغ المفوض عنه بذلك؟ ولماذا لا يُعد معرضا عن الصلح إذا كان لا جدوى من عرض الصلح عليه؟.

البند الرابع:

وفيه قررت المحكمة ان تحديد نسبة الإساءة بين أقوام لا عقل لهم يميزون به بين الخير والشر محاولة عابثة، ومثلهم من كان تمييزهم ناقصا وإدراكهم ضعيفا، فأقول: ان عدم التمكن من تحديد نسبة الإساءة كما يرد في هذه المسألة يرد أيضا إذا كان طرفا الدعوى عاقلين، ومع ذلك لم تقض المحكمة بأنه إذا لم يتمكن الحكمان من تحديد نسبة الإساءة بينهما ترد الدعوى، أو إنها لا تُسمع، بل أن القانون قد نص على حل هذا الأشكال بأنه: إذا جهل الحال، ولم يتمكن الحكمان من تقدير نسبة الإساءة، فيفرقان على العوض الذي يرايانه.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٨٤.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٩٠.

بالرجوع إلى ما قرره فقهاء المذهب المالكي -المستمد منه أحكام التفريق للنزاع والشقاق- نجد انهم ذكروا في أحكام التطليق للضرر البالغ وغير البالغ، والراشد والمحجور، حيث صرح بذلك الدسوقي "ولها التطليق بالضرر، أي لها طلقة واحدة تكون بائنة، وظاهره ولو كانا غير بالغين"(١) وكذلك العدوي بقوله في بحث التطليق للضرر :"انه يجري في غير البالغين"(٢) وغير البالغ هو الصغير والصغيرة ولا يتصور تشكل الشقاق والنزاع بينهما قبل التمييز، والفقهاء أجازوا هذا التفريق لهما بعد التمييز فمن باب أولى جوازه في حق المعتوه، لأنه في حكم الصبي المميز.

كما تعرض فقهاء المذهب المالكي إلى إقامة الحكمين من قبل أولياء الزوجين، إذا كانا محجورين، وهو محل اتفاق بين فقهاء المذهب، وانما الخلاف عندهم هو: هل للوليين أو الحاكم إقامة حكم واحد بين الزوجين(٣) ، وقد حرر الحطاب هذا الخلاف فقال:"وللزوجين إقامة واحد على الصفة، وفي الوليين والحاكم تردد، فهم من هذا ان للجميع إقامة الحكمين، وهو كذلك على المشهور، والقائل بأنه يجوز إقامة واحد للزوجين وللحاكم وللوليين هو اللخمي، وقيده بان يكون من غير الأهل، والقائل بأنه لا يجوز ذلك للوليين ولا للحاكم وانما جوزه للزوجين هو الباجي"(٤)

وهذا صريح بان للوليين إقامة حكمين بين الزوجين إذا كانا محجورين، وهو يشمل كل محجور سواء أكان صغيرا أم مجنونا أم معتوها.

وعليه الباحث يرى أن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها هذا هو اجتهاد غير موفق، وليس في موضعه وجانبه الصواب، وأنها استندت في اجتهادها هذا على أسباب وعلل واهية اعتراها التناقض، وخالفت بهذا الاجتهاد ما صرح به فقهاء المذهب المالكي، المستمد منه أحكام هذا التفريق، وكان الأجدر بها اتباع رأي فقهاء المذهب المالكي في هذه المسألة.

---

(١) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢١٣.

(٢) العدوي: علي احمد، حاشية الشيخ علي بن احمد العدوي على الخرشي، بهامش حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ج٤، ص٤١٣.

(٣) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٢١٤.

(٤) الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص٢٦٧.

وبعد الانتهاء من كتابة هذا المطلب أصدرت محكمة الاستئناف الشرعية قرارا خماسيا يحمل الرقم (٥٦٠٠٢) تاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٦[١] خصصت فيه منع سماع دعوى التفريق للنزاع والشقاق إذا كان أحد طرفيها مجنوناً أو معتوهاً بأن يمنع سماع الدعوى إذا كانت مرفوعة على المحجور عليه -سواء كان الزوج أو الزوجة- للجنون أو العته، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من وصي أو ولي عن محجور عليه على كامل الأهلية زوجاً كان أو زوجة فتسمع الدعوى ويُسار بها حسب الأصول.

وسأثبت نص القرار كما ورد:"**حيث أن المحكمة الابتدائية حكمت بالتفريق بين المدعى عليه المحجور عليه عمر المذكور عنه وليه الشرعي أبوه ......وبين زوجته ومدخولته الشرعية المدعى عليها ....المذكورة بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم وان لها الحق بمطالبته بالعوض الذي قدره لها الحكمان بمبلغ أربعمائة دينار بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار وتقرير الحكمين وعملا بالمواد المذكورة في الحكم وحيث أن هذا الحكم صدر وجاهيا وانقضت مدة الاستئناف ولم يتم استئنافه من قبل أي من طرفيه قامت المحكمة الابتدائية برفعه إلى هذه المحكمة الاستئنافية لتدقيقه عملا بالمادة ١٣٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية وحيث انه سبق لهذه المحكمة الاستئنافية أن أصدرت قرارا برقم ٢٩٢٢١ تاريخ ١٩٨٨/٩/٨ تضمن تصديق الحكم رقم ٢٦/١٣/٣ تاريخ ١٩٨٨/٥/١٠ القاضي بالتفريق بين المدعية فيه وكانت عاقلة وزوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه وكان محجورا عليه وذلك في مواجهة أبيه وليه الشرعي لثبوت عدم أهليته للخصومة بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع وبما أنها رأت العدول عن هذا القرار عند نظرها للحكم المستأنف رقم ٤٠٧/١١١/٤٦ تاريخ ١٩٩٧/٨/٢٧ المتضمن الحكم بالتفريق بين المدعي فيه وكان عاقلا وزوجته ومدخولته الشرعية المدعى عليها وكانت محجورا عليها للجنون بمواجهة الوصي الشرعي عليها**

---

[١] القرار غير منشور.

والدتها قررت انعقاد المحكمة الاستئنافية من خمسة قضـــاة وأصـــدرت قرارهـــا رقم٤٤٠٠٠ تاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٨ القاضي بعدم سماع دعوى التفريق للشـــقاق والنزاع إذا كان أحد الزوجين مجنوناً أو معتوهاً وبنت قرارها هذا على الأســـباب التالية:

١. إن المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني اشـــترطت أن يدعـــي طالب التفريق للشقاق والنزاع إضرار الأخر به قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مـــع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية، ولفظ الإضرار في هذه المادة يقضي أن يكون الضرر الصادر عن الطرف الأخر مقصودا ومتعمدا والمجنون لا يـــدرك كنه تصرفاته والمعتوه ناقص الإدراك وكلاهما مرفوع عنه القلم لقوله صلـــى الله عليه وسلم"رفع القلم عن ثلاث: الصبي حتى يحتلم، والنائم حتى يســـتيقظ والمجنون حتى يفيق".

٢. ان المادة ١٣٢ المشار إليها نصت على انه " إذا ظهر نـــزاع وشـــقاق بيـــن الزوجين فلكل منهما ان يطلب التفريق والمقصـــود بـــالنزاع هنـــا أن يكـــون مستحكما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وهذا لا يتصور وجوده الا بيـــن عقلاء.

٣. إن المادة ١٣٢ المذكورة أوجبت على القاضي وعلى الحكمين ان يبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين والإصلاح لا يكون الا بين عقلاء كما استقر عليـــه عمل هذه المحكمة ومع الزوجين بالذات لتعلق الأمر بذاتهما فقط.

٤. ان الفقرة هـ،و،ز من المادة المشار إليها أوجبت على الحكمين إذا عجزا عـــن الإصلاح بين الزوجين التفريق حسب ما يريانه من نسبة الإساءة الا إذا جـــهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة فيفرقان على العوض الـــذي يريانـــه لانه تحديد نسبة الإساءة بين أقوامٍ لا عقل لهم يميزون به بين الخير والشـــر محاولة عابثة ومثلهم من كان تمييزهم ناقصا وإدراكهم ضعيفاً.

وحيث ان القرار رقم ٤٤٠٠٠ السالف البيان فـــي عمومـــه يتعـــارض مـــع القاعدتين الشرعيتين "لا ضرر ولا ضرار" و " الضرر يزال" ولمّا كـــانت المدعـــى

عليها في الحكم المستأنف كاملة الأهلية في حين أن المدعى عليها في القرار رقم ٤٤٠٠٠ محجور عليها للجنون فقد تقرر انعقاد المحكمة الاستئنافية من خمسة قضاة عملا بالمادة ٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية لتدقيق الحكم المستأنف والنظر في أسباب القرار (٤٤٠٠٠) وما إذا كانت تنطبق على الحكم المستأنف أولا :

أ- وحيث انه بالنسبة للسبب الأول من الأسباب التي بني عليها القرار رقم (٤٤٠٠٠) فان المدعى عليها في الحكم المستأنف كاملة الأهلية ويتصور منها الإضرار أو تعمد الضرر وقصده في حين أن المدعى عليها في القرار رقم (٤٤٠٠٠) محجور عليها للجنون ويتصور بذلك منها الضرر وليس الإضرار الذي قصد الضرر وتعمده والإضرار أصلا لا يكون الا من جانب المدعى عليه الطرف الأخر لانه لو كان من جانب المدعي لما تقدم بدعواه.

ب- أما عن السبب الثاني فان الشقاق والنزاع المستحكم بين الزوجين يتصور وجوده بل ويتأكد إذا كان أحدهما كامل الأهلية والأخر مجنوناً أو معتوهاً وليس فقط إذا كانا عاقلين وهذا واقع ومشاهد يكفي لرفع الدعوى به في هذا الموضوع كما عليه مذهب الإمام مالك مستند التفريق للشقاق والنزاع في المادة القانونية انظر: شرح الحطاب على مختصر خليل، ج٤، ص١٧. ومنح الجليل ج٣، ص٥٥٠.

ج-أما بالنسبة للسبب الثالث: فان من أولى واهم واجبات الوصي أو الولي على ناقص الأهلية أو فاقدها سواء كان صغيرا أو معتوها أو مجنوناً هي المحافظة عليه وعلى مصالحه وحمايته نفساً ومالاً فيكون من حقه الصلح عنه ورفضه والتصرف بما يعود عليه بالمصلحة أو درء مفسدة وهو في هذا أولى من الوكيل الذي يقبل الصلح عن موكله أو يرفضه كما هو الجار عليه قضاء هذه المحكمة وذلك سندا للمادة ١٥٤٠ من المجلة وشرحها.

د- أما السبب الرابع والأخير: فانه لمّا كان الولي أو الوصي هو المسؤول عن المولى عليه أو الموصى عليه وحمايته فيمكن للحكمين البحث معه عن أسباب

الشقاق والنزاع لتقدير نسبة الإساءة إذ أن الفقرة د من المادة ١٣٢ السالفة الذكر لم تقصر البحث في أسباب الشقاق والنزاع مع الزوجين فقط، وانما كلفت الحكمين البحث عن ذلك مع الجيران أو مع أي شخص يريان فائدة في بحثهما معه ولا خلاف في إن البحث مع الولي أو الوصي في أسباب الشقاق والنزاع المدعى بها أولى من البحث مع غيرهما هذا بالإضافة انه إذا غُمّ الأمر على الحكمين وجُهل الحال عليهما لأي سبب من الأسباب ولم يستطيعا تقدير نسبة الإساءة بين الزوجين بعد البحث مع من أجاز في الفقرة د من المادة المذكورة البحث معه فان في الفقرة (و) من ذات المادة المذكورة ملاذاً وملجأ لهما لتقدير ذلك.

لذلك كله فان هذه المحكمة قررت بالإجماع تخصيص المبدأ الوارد في القرار الاستئنافي رقم ٤٤٠٠٠ السالف البيان وقصره على دعاوى طلب التفريق للشقاق والنزاع إذا كانت مرفوعة على محجور عليها أو عليه لجنون أو عته أما إذا كانت مرفوعة من ولي أو وصي عن محجور عليه على كامل الأهلية زوجاً أو زوجه فتسمع ويسار بها على الوجه الشرعي والقانوني وهذا موافق لمذهب الإمام مالك الذي أخذت منه مادة التفريق للشقاق والنزاع المذكورة (شرح الحطاب ، ج٤، ص١٨ ومنح الجليل ج٣، ص٥٥٤) وبناء على ذلك حيث تبين من تدقيق الحكم المستأنف انه قد صدر عن المحكمة الابتدائية بدعوى من الولي ...المذكور عن ابنه المحجور عليه ... المذكور بالتفريق بينه وبين زوجته ومدخولته الشرعية ...المذكورة وهي كاملة الأهلية ويتأتى منها الإضرار بزوجها المدعي المحجور عليه وأقرت بذلك فيكون الحكم المستأنف المذكور صحيحا وموافقا للوجه الشرعي في إجراءاته وإسناده فتقرر بالإجماع تصديقه ".

وهذا القرار يعود بالنقض على بنود القرار رقم (٤٤٠٠٠) موضوع هذه المسالة، ويعضد ما قرره الباحث بشأنها، ولا يبقى منها الا البند الأول الذي تمت مناقشته عند مناقشة القرار (٤٤٠٠٠) المشار اليه، ويضاف إلى ما ذكر:

أولاً: ان الفقهاء استعملوا لفظ الإضرار في عبارتهم على إلحاق الضرر بالغير

بصرف النظر إن كان مقصودا أو غير مقصود، حيث جاء في المحصول " قالوا الضرر ألم القلب لان الضرب يسمى ضررا وتفويت منفعة الإنسان يسمى إضرارا، والشتم والاستخفاف يسمى ضررا"[1] وجاء في الفروع "وفي الفنون: من احدث في داره دباغ الجلود أو عمل الصحناه هل يمنع؟ يحتمل المنع على ما ذكره بعض أئمة الشافعية، وهو انه لا يختص ضرر البدن بل يتعدى إلى الإضرار بالعقار بنقصان أجرة الدور"،[2]وجليّ من هاتين العبارتين انه يطلقون لفظ الإضرار على إلحاق الضرر بالغير، بصرف النظر عن تعمده وقصده أو لا، وذلك جليّاً في عبارة المحصول الذي سمّى تفويت المصلحة إضرارا ولم يشر إلى تعمّد ذلك، وهو واضح أيضا في عبارة الفروع إذ أن من يعمل في منزله دباغة الجلود يقصد بذلك جلب المنفعة لنفسه الا انه الحق الضرر بجاره ولم يقصده.

ثانياً: ان الزوجة التي تكلف بإثبات الضرر في دعواها طلب التفريق للنزاع والشقاق لا يطلب منها إثبات تعمد الضرر من قبل زوجها، ولو كان قصد إلحاق الضرر بها عنصراً من عناصر الدعوى لكلفت إثباته.

ثالثاً: أما ما جاء في القرار أن ما قرره من جواز سماع الدعوى إذا كان المدعي بها هو ولي المجنون أو وصيه، وعدم سماعها إذا كانت مرفوعة على المجنون أو المعتوه، موافق لمذهب الإمام مالك، واحال بذلك على شرح الحطاب ومنح الجليل.

وما ذكره القرار غير صحيح، حيث أن ما ذكره الحطاب هو ما قرره الباحث عند مناقشته لبنود القرار (٤٤٠٠)، وهو نفس ما أحال إليه الباحث ونَقله حرفياً من الجزء الخامس ص٢٦٧ مع اختلاف في الطبعة.[3]

---

[1] الرازي: محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلوان، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، ج٦، ص١٠٥.

[2] ابن مفلح: الفروع، ج٤، ص٢٨٥-٢٨٦.

[3] الطبعة التي أحال إليها الباحث طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، والطبعة التي أحالت إليها المحكمة طبعة دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

ولم يتعرض الحطاب إلى ما قررته المحكمة، وانما كان كلامه في جواز إقامة حكم واحد من قبل الزوجين أو من قبل الحاكم أو الوليين إذا كان الزوجان محجورين مع اتفاقهم على جواز إقامة حكمين من قبل كل من ذُكر .

أما ما جاء في منح الجليل فلا حجة فيه إلى ما ذهبت إليه المحكمة وسأثبت ما له تعلق بالموضوع كما ورد في منح الجليل حيث جاء فيها" وللزوجين معاً إقامة حكم واحد على التحكيم بينهما بدون رفع للحاكم على الصفة أي متصف بصفة الحكمين من العدالة والفقه بأحكام ضرر الزوجين في التوضيح جاز إقامة واحد هنا، ولم يجز في جزاء الصيد الا اثنان مع ورود نص القرآن باثنين فيهما، لان جزاء الصيد حق لله تعالى فلا يجوز لاحد إسقاطه، وهذا حق الزوجين فلهما إسقاطه. البناني وكلام المدونة يدل على أن حكمه كحكم الحكمين سواء كان يصلح أو يطلق، وفي جواز إقامة الوليين أي ولي الزوج وولي الزوجة واحد على الصفة وجواز إقامة الحاكم أي السلطان أو القاضي واحد بالصفة على الحكم بين الزوجين ومنعها لمخالفتها التنزيل وعلى هذا لو أقاما واحد وحكم فلا ينقض حكمه لمراعاة الخلاف، تردد محله ان كان أجنبي أو قريباً لهما على السواء وإلا مُنع اتفاقاً الأول للخمي في السلطان وابن الحاجب في الولي والثاني للباجي"[1] وتصريحهما بالوليّين بجواز رفع دعوى التفريق للنزاع والشقاق بين المحجورين ولو كان الطرفان محجورا عليهما.

---

[1] عليش: محمد، منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، دار صادر، د.ط، د.ت، ج٢، ص١٨١ مع اختلاف في الطبعة التي أحالت إليها المحكمة.

المطلب الرابع: التحكيم في الشقاق والنزاع

عالج قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٣٢) موضوع التحكيم بين الزوجين، في دعاوى التفريق للشقاق والنزاع، حيث بين فيها شروط الحكمين، وكيفية عملهما، ووظيفتهما، وكيفية تحديد العوض عندما تكون الإساءة جميعها من أحدهما، أو من الزوجين معا، وكيفية الحكم عليهما، وما هو الإجراء عند اختلاف الحكمين، وما عليهما بعد انتهاء عملهما.

وقد ورد لمحكمة الاستئناف الشرعية اجتهادات عديدة في موضوع التحكيم وذلك من خلال ما عرض عليها من دعاوى، وسنبحث كل مسالة من هذه المسائل على حدة على النحو التالي:

المسالة الأولى : التحكيم الرضائي

يقصد بالتحكيم الرضائي : أن يلجأ الزوجان إلى تولية حكمين ليحكما بينهما في موضوع النزاع، إذ الأصل في القانون أن القاضي هو الذي يحيل الأمر إلى الحكمين ، عند توفر موجبه، والتحكيم الرضائي قد يتم ضمن دعوى التفريق للشقاق والنزاع المقامة لدى المحكمة، فإذا وصلت الدعوى إلى مرحلة التحكيم ، يتفق الطرفان على انتخاب حكمين، أو اكثر من قبلهما ليحكما في النزاع بينهما.

كما انه قد يتم قبل رفع الدعوى، حيث يتفق الزوجان على انتخاب حكمين، ليحاكما بالنزاع والشقاق المتشكل بينهما، ويلتزما بما يحكم به الحكمان[١]، فإذا قام الحكمان بإجراءات التحكيم بينهما، وتوصلا إلى نتيجة بهذا التحكيم ، وقدما ما توصلا إليه إلى الزوجين، عندها يقيم أحد الزوجين دعوى لدى المحكمة الشرعية يطلب فيها من المحكمة الحكم بموجب قرار الحكمين المنتخبين من قبلهما.

وكما أشرنا لم يتعرض القانون لهذا التحكيم، وقد أصدرت محكمة الاستئناف عدة قرارات بهذا الموضوع، جميعها تجيز التحكيم الرضائي، منها القرار رقم

---

(١) عليش: منح الجليل، ج٢، ص١٨١.

١٢٨٩٤ تاريخ ١٩٦٣/٦/١٧ [١] والقرار رقم (٣٣٣٦) تاريخ ١٩٨٢/١٢/١٢ [٢]، والقرار رقم (٣٢٧٨٨) تاريخ ١٩٩١/٤/٨ [٣]، والقرار رقم ٢٣٢٨٠ تاريخ ١٩٨٢/١١/٢٣ والذي جاء فيه "نصت المادة (١٨٤١) من المجلة وشرحها لعلي حيدر على أن التحكيم جائز في حقوق الأشخاص، وفي دعاوى المال، والنكاح، والطلاق، ونصت المادتان (١٨٤٨ و١٨٤٩) منها على :"**إن حكم الحكمين لازم، في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا فيه، وانه ليس لأحد الطرفين الامتناع عن قبول حكمهما ، إذا كان موافقا لأصوله، وعلى القاضي تصديقه". والمادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية لم تنص على منع الطرفين من التحكيم الرضائي، إذا رغبا فيه، وانما هي تجيز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا ادعت إضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته وفي هذه الحالة يقوم القاضي ببعث الحكمين بعد محاولة الإصلاح وإنذار الزوج على الوجه المذكور في تلك المادة، وهذا لا يتعارض مع ما جاء في المواد (١٨٤١ و ١٨٤٨و ١٨٤٩) المذكورة، من إعطاء الحق أيضا للمتخاصمين بانتخاب الحكمين، إذا رغبا في ذلك، وتراضيا عليه أو رضيا بما قرره الحكمان المنتخبان من قبل المحكمة، وطلبا الحكم بموجبه"**[٤].

والمحكمة عندما أصدرت هذه القرارات، كانت قد اعتمدت كما صرحت على مجلة الأحكام العدلية، وشرحها وهذا تطبيق منها لنص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فيما لا نص عليه في القانون، رغم ان ما ورد في القانون بشأن التحكيم كان قد اخذ من مذهب المالكية.

والحنفية يجيزون التحكيم في سائر المجتهدات، من حقوق العباد كالطلاق والعتاق والكفالة، والشفعة، والنفقة، والديون، والبيوع لكنهم لا يجيزون التفريق بين

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٥٥.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٢و٢٦٣.

[٣] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٨١.

[٤] داود، القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٣.

الزوجين للنزاع والشقاق، الا برضى الزوج، ولا إخراج شيء من المهر عن ملك الزوجة بغير رضاها[1]، وانه إذا حكّم الخصمان حكما بينهما، أو اكثر ثم تداعيا، ورفعا حكمه إلى القاضي حكم القاضي بموجب حكم المحكم ان وافق مذهبه[2]، والمالكية أيضا ذهبوا إلى أن حكم المحكم المنصّب من قبل الزوجين، إن كان حكمه موافقا للأصول، فعلى القاضي أن يحكم بموجبه، وان خالف مذهبه وليس للقاضي نقض حكم المحكم، ولا مخالفته، وعليه الحكم بمقتضاه[3]، وبالتالي فاني أرى ان اجتهاد محكمة الاستئناف هذا صحيحٌ وموافقٌ لما عليه المذهبان الحنفي والمالكي.

المسألة الثانية: تقييد التحكيم بزمن

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لمسالة تقييد التحكيم بزمن معين، أو ضرب اجل محدد لورود تقرير الحكمين إلى القاضي، وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة، من خلال قرارات المحاكم الابتدائية بتحديد مدة زمنية للحكمين، وتكليفهما بتقديم التقرير خلالها، فإذا انقضت هذه المدة، ولم ينه الحكمان التحكيم خلالها فقدما تقريرهما بعد انتهائها، فهل يُعتد بهذا التقرير أم لا ؟ وقررت محكمة الاستئناف الشرعية أن التحكيم إذا قيد بزمن، فان صفة المحكم تزول عن الحكم بانتهاء الزمن المحدد له فإذا قدم تقريره بعد انقضاء الزمن المحدد له فانه لا يعتد بتقريره، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضاه، وذلك في العديد من قراراتها منها القرار رقم (٢٣٠٨٩) تاريخ ١٩٨٢/٨/٢٤ [4]، والقرار رقم (٢٣٩٠١) تاريخ ٨٣/٨/١ [5]، والقرار رقم (٢٦٧٣٩) تاريخ ٨٦/٨/٤ [6]، واعتمدت المحكمة في قراراتها هذه على المادة (١٨٤٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي نصت على انه

---

(١) ابن نجيم: زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط٢، ج٧، ص٢٥. الجصاص: أحكام القرآن، ج٢، ص١٩١. الفتاوي الهندية: ج٣، ص٣٩٧. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص٢٤٠.

(٢) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٧، ص٢٧. انظر: المادة (١٩٤٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٢١٦. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص٢٦٦.

(٤) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٢.

(٥) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٥و٢٦٦.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٦٩و٢٧٠. عمرو: القرارات القضائية، ص٨٦.

:"**إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بزوال ذلك الوقت**" وهذا ما صرحت به كتب الحنفية التي استمدت المجلة أحكامها منها، ومنها الفتاوى الهندية حيث جاء فيها :"**إذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا، أو مجلسه هذا فهو جائز وان مضى ذلك اليوم، أو قام عن مجلسه ذلك، لا يبقى حكما**"[1] **وجاء في البحر :"ولو حكّماه على ان يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه توقّت به**"[2].

وعلى هذا يكون اجتهاد المحكمة يوافق ما عليه الراجح من المذهب الحنفي، وبالتالي وفق نصّ المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

المسألة الثالثة: رجوع الحكم عن حكمه

إذا أبدى الحكم حكمه، وتقريره فيما هو محكم فيه، ثم رجع عن هذا الحكم، أو كأن يحكم بنسبة إساءة معينة، ثم يقدم تقريرا جديدا يتضمن تغيير الحكم الأول، أو تعديله فهل يمكن الاعتماد على هذا الحكم والحكم بموجب تقريره؟ .

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة، بينما تعرضت لها محكمة الاستئناف الشرعية، وقررت بأنه لا يجوز للحكم ان يرجع عن تقريره وحكمه ، ولا يملك تعديله ، وذلك في قرارها رقم (٣٥١٢٤) تاريخ ٩٢/١٢/١٩ والذي جاء فيه :"اختلف الحكمان على نسبة إساءة كل من الزوجين للأخر، يبنى عليها مقدار العوض الذي يترب لأي منهما فعينت المحكمة حكما ثالثا مرجحا لأي منهما، وهذا وظيفة الحكم الثالث في مثل هذه الحالة، سندا للفقرة ج من المادة (١٢٣)، لا إعادة التحكيم من جديد من قبل المحكمين الثلاثة ، كما حصل في هذه الدعوى، خلافا لما هو مقرر، كما لا يسوغ لأي من الحكمين المختلفين الرجوع عن رأيه السابق، لان ذلك مخل بالتحكيم، لذا فقد كان على المحكمة الابتدائية في مثل هذه الحالة بعث حكمين جديدين، وبما إنها لم تفعل، فقد كان حكمها بمقتضى قرار أكثرية المحكمين بالتفريق على الوجه المذكور غير صحيح"[3].

---

(1) الفتاوى الهندية: ج٣، ص٣٩٨.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٧، ص٢٧.

(3) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٨٤.

وكذلك قرارها رقم (٨٤٣٤) والذي جاء فيه :" **إذا انتخبت المحكمة حكمين، واعتبرت تقريرهما غير موافق للأصول، ثم أعادت انتخاب حكمين أخرين، كان أحدهما حكما سابقا، وذكر ان الإساءة من الزوج في تقريره الأول، ثم ذكر ان الإساءة من الزوجين في تقريره الثاني، فهذا يمنع اعتماد تقريره لانه أبدى رأيا مخالفا ومتناقضا يمنع الاعتماد على رأيه**"[١] ، واجتهاد المحكمة هذا موافق لمذهب الحنفية الذي يمنع الحكم من الرجوع عن رأيه، جاء في البحر الرائق "**ولو رجع الحكم عن حكمه وقضى للآخر لم يصح لأنها تمت الحكومة بالقضاء الأول** "[٢]، كما جاء في الفتاوى الهندية "**وإذا حكّما رجلا بينهما فقضى لاحدهما على صاحبه باجتهاده، ثم رجع عن قضاءه، وقضى للآخر فالقضاء الأول ماضٍ، والقضاء الثاني باطل**"[٣].

وهذا ما عليه قرارات محكمة النقض السورية حيث قررت ان الحكمين كالحاكم لا يملك تعديل رأيه أو تبديله وذلك في القرار رقم (٣٨٠) في الدعوى (٣٨١) تاريخ ١٩٧٠/١٠/٥[٤]، والقرار رقم (٢١٢) في القضية (١٩١) تاريخ ١٩٨٤/٣/٢٤[٥].

المسألة الرابعة: سؤال الحكمين عن حكمهما

هل للزوجين أو للمحكمة أن تسال الحكمين عن النتيجة التي توصلا إليها، وهل يُطلب منهما تعليل قرارهما، وبيان الأسس والأسباب التي أوصلتهما إلى نتيجة الحكم أم انهما لا يسألان عما توصلا إليه؟.

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة، وان كان قد ذكر في الفقرة(ط) من المادة (١٣٢) على القاضي ان يحكم بمقتضى التقرير إذا كان موافقا لأحكام المادة (١٣٢).

---

[١] عمرو : القرارات القضائية، ص٧٢.

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ج٧، ص٢٧.

[٣] الفتاوى الهندية، ج٣، ص٤٠١.

[٤] استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٤٣٢.

[٥] استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٤٠٤.

بينما قررت محكمة الاستئناف أن الحكمين لا يسالان عن النتيجة التي توصلا إليها، ولا يطلب منهما تعليل حكمهما، أو بيان أسباب الحكم، وان ذلك متروكاً لهما فقط، وذلك في القرار رقم (١٢٣٥٥)[١] والقرار رقم (١٤٢٩٤) والذي جاء فيه "**حينما يقرر الحكمان نسبة الإساءة فانهما لا يسألان عن الطريقة التي توصلا بها إلى النتيجة**"[٢].

وهذا الاجتهاد موافق لما عليه الفقه الحنفي حيث صرحوا أن حكم المحكم متى صدر، وكان موافقاً للاصول، ومذهب القاضي، لزم حكمه للخصوم بصرف النظر عن نتيجة الحكم[٣]، وقد صرح المالكية أيضاً بان حكم المحكّم يلزم الخصوم، وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه، دون معارضة له، ولو لم يوافق مذهبه، وان لم يرض به الخصوم[٤].

وهذا موافق لما عليه محكمتا النقض المصرية والسورية، حيث أصدرت المحكمة المصرية عدة قرارات بهذا الخصوص، ومنها القرار الصادر في الطعن رقم (١٣) تاريخ ١٩٧٥/٥/٢٨[٥]، والطعن رقم (٥٠) تاريخ ٢٥/ ٢/ ١٩٩٢[٦]، وكذلك المحكمة السورية في القرار رقم (٢٨٩) في القضية رقم (٣١٧) تاريخ ١٩٦٣/٨/١٠[٧]، والقرار رقم (٦٨٢) في القضية رقم (٥٠٤) تاريخ ١٩٨٤/١١/١٦[٨].

---

[١] عمرو: القرارات القضائية، ص٧٧.

[٢] عمرو: القرارات القضائية، ص٧٨.

[٣] ابن نجيم: البحر الرائق، ج٧، ص٢٦، الفتاوى الهندية: ج٣،ص٣٩٨. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على المختار، ج٥، ص٤٢٩. حيدر: علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، د.ط، دس، ج٤، ص٦٤٤، شرح المادة، ١٨٤٧.

[٤] الدردير: احمد بن محمد، الشرح الصغير، الدار السودانية للنشر، الخرطوم، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ج٢، ص٥١٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢١٤.

[٥] طلبه: مجموعة المبادئ القانونية، ج٢، ص٥٩.

[٦] طلبه: مجموعة المبادئ القانونية، ج١١، ص٥٥.

[٧] استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٤٣٤.

[٨] استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٤٢٩.

المسألة الخامسة: صلاحية الحكمين في بحث الحقوق الزوجية الأخرى غير المهر:

نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٣٢) على انه "**إذا ظهر للحكمين ان الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق على العوض الذي يرايان، على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا ظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوج قررا التفريق، على أن للزوجة أن تطالب الزوج بسائر حقوقها الزوجية، وان ظهر أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق على قسمٍ من المهر، بنسبة إساءة كل منهما، وان جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما**".

فنص القانون على العوض الذي يريانه هل يجيز للحكمين التعرض للحقوق الزوجية الأخرى، غير المهر وتوابعه كالنفقة المتراكمة، ونفقة العدة، أو أجرة الحضانة، أو رسوم ومصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة؟.

القانون أبهم الأمر ولم يتعرض له بالتفصيل، فيما تعرضت له محكمة الاستئناف الشرعية في عدة قرارات وقررت فيها انه لا يجوز للحكمين أن يتجاوزا صلاحيتهما، بالتعرض للحقوق الزوجية الأخرى، الخارجة عن المهر وتوابعه، وأن عملهما مقيد في نطاق الحقوق الزوجية بالمهر فقط، واما باقي الحقوق الزوجية الأخرى، فهي خارجة عن صلاحيتهما، ولا يجوز لهما التعرض لنفقة الزوجة المتراكمة، أو نفقة العدة، أو رسوم الدعوى ومصاريفها وأتعاب المحاماة، أو الألبسة الخاصة بالزوجة، وذلك في القرار رقم (٨٢٤١)[1] والقرار رقم (٩٣١٠) تاريخ ٢١/١١/١٩٥٦[2]، والقرار رقم (٩٧٦٣) تاريخ ٨/٢/١٩٥٨[3]، والقرار رقم (١٥٦٧٥) تاريخ ٢١/٩/١٩٦٨ والذي جاء فيه "**إن عمل الحكمين مقيد بالمهر فقط في مثل هذه الحادثة، ويخرج عن وظيفتهما أن يقررا أن تبرئ الزوجة زوجها من نفقة العدة، ومصارف الدعوى وأتعاب المحاماة**"[4]

---

(١) عمرو: القرارات القضائية، ص٧٢.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٥٢.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٥٣.

(٤) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٥٩.

الحنفية قرروا ان الحكمين لا يجوز لهما التفريق والمخالعة الا بوكالة من الزوجين،[1] فان كانا وكيلين في ذلك فله التعرض لجميع هذه الأمور بحكم وكالته، وان لم يوكّل بها فليس له أن يتعرض لها، وبما ان القانون قد أخذ برأي المالكية في ذلك، واعتبر الحكمين حاكمين فان المالكية قرروا ان الحكمين ان رأيا التفريق والمخالعة خالعا حسب نظرهما، سواء إن كان بغرم تغرمه الزوجة من مهرها أو بعضه أو أي مالٍ يريان أن تدفعه لزوجها[2] ولو زاد عن مهر الزوجة[3]

وقد تعرض النووي[4] من الشافعية لهذه المسالة بالتفصيل حيث قال:"ولو رأى الحكمان ان تترك بعض حقها من قَسمٍ أو نفقة أو أن لا يتسرّى أو لا ينكح عليها غيرها، لم يلزمه ذلك بلا خلاف وان كان لاحدهما على الأخر مال متعلق بالنكاح، أو غير متعلق، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف.[5]

واجتهاد محكمة الاستئناف هذا موافق لاجتهاد محكمة النقض السورية، والتي قررت انه ليس للحكمين ان يتعرضا للحقوق الزوجية الأخرى غير المهر، وذلك في قرارها (١٩٣) في القضية (٢١٠) تاريخ ١٩٦٢/٧/٧[6] والقرار رقم (١٨٨) في القضية رقم (٣٨٨) تاريخ ١٩٨٤/٣/١٢[7].

وعليه فإن الباحث يرى أن اجتهاد المحكمة قد خالف رأي المالكية الذي استمد منه أحكام الحكمين.

---

(١) الجصاص: أحكام القرآن، ج٢، ص١٩٩.

(٢) انظر صفحة (٦٧).

(٣) عليش: شرح منح الجليل، ج٢، ص١٧٩.

(٤) النووي: يحيى بن شرف بن حسن، ولد عام ٦٣١هـ وتوفي ٦٧٦هـ، كان زاهداً وفقيهاً ومحدثاً وعالما بأسماء الرجال واللغة والتصوف، له مصنفات منها: شرح صحيح مسلم والأذكار والروضة والإرشاد والمنهاج. انظر: السبكي: ابو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبدالفتاح الحلو، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي، ط١، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، ج٨، ص٣٩٨.

(٥) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٦٧٨.

(٦) استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٤٢٦.

(٧) استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٣٢٥.

المبحث الثالث
الاجتهاد الصادر في دعاوى التفريق للعجز عن دفع النفقة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : مفهوم النفقة والعجز عن دفعها

المطلب الثاني: شروط رفع الدعوى

المطلب الثالث: امتناع الزوج عن دفع النفقة بدعوى نشوز الزوجة أو بدفعها خارج الدوائر الرسمية.

المطلب الرابع: الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول.

المطلب الأول: مفهوم النفقة والعجز عن دفعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف النفقة والعجز لغة

النفقة لغة: من نفق، تقول نفق البيع راج، ونفقت السلعة تنفق نفقا غلت ورغب فيها، ونفقت الدابة ماتت[1]. والنفقة اسم من نفق وجمعها نفقا ونفق الشيء نفقا: فني وأنفقته أفنيته[2]، والنفقة ما أنفقته واستنفقته على نفسك وعلى العيال[3].

العجز لغة: من عجز والعجز نقيض الحزم والضعف تقول عجزت عن كذا، والعجز التطبيق وكذلك إذا نسبته إلى العجز، تقول أعجزني فلان إذا عجزت عن طلبه وإدراكه، وعجز عن الأمر إذا قصّر عنه[4].

الفرع الثاني: تعريف النفقة والعجز اصطلاحاً

النفقة اصطلاحاً: هي الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه[5].

العجز اصطلاحاً: عدم قدرة الإنسان على الالتزام بأداء الحقوق المترتبة عليه في أمر ما.[6]

حكم العجز عن دفع النفقة:

اجمع أهل العلم عل أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها [7]، كما اتفق الفقهاء

---

(1) الفيروزأبادي: القاموس لمحيط، ج٣، ص٤٩٦، باب القاف فصل النون.

(2) الفيومي: احمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط، دس، ج٢، ص١٨٩، النون مع القاف وما يثلثهما.

(3) ابن منظور: لسان العرب، ج١١، ص٣٥٨، باب القاف فصل النون.

(4) الفيروزأبادي: القاموس المحيط، ج٢، ص١٨٨، فصل العين باب الزاي. ابن منظور: لسان العرب، ج٥، ص٣٧٠، باب الزاي، فصل العين المهملة.

(5) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج١، ص٥٧٢.

(6) رضا: مسعود احمد، العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، غير منشورة، ص٢٢.

(7) ابن المنذر: أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإجماع، مكتبة الفرقان- عجمان، مكتبة مكة الثقافية - راس الخيمة، ط٢،

المذاهب الأربعة على انه إذا امتنع الزوج عن دفع النفقة لزوجته، وكان له مال تستطيع استيفاء النفقة منه، استوفت نفقتها من مال الزوج، وليس لها طلب التفريق، لعدم الإنفاق عليها إذا استطاعت استيفاء النفقة من مال الزوج(١).

قد اقر قانون الأحوال الشخصية حق المرأة في النفقة على زوجها، في المواد (٣٥ و٦٦ و٦٧ و٧٠ و٧٣ و٧٤ و٧٧)، فإذا حصلت الزوجة على حكم بنفقتها على زوجها، واعسر الزوج وعجز عن دفع نفقتها، ولم يكن له مال يمكنها تحصيل النفقة المفروضة لها منه، فهل لها أن تطلب التفريق لعجز زوجها عن دفع نفقتها؟.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى انه ليس للزوجة أن تطلب التفريق لإعسار زوجها، وعجزه عن دفع نفقتها، فقالوا أن القاضي يأذن لها بالاستدانة عليه، فإذا استدانت بعد فرض القاضي، أو التراضي على النفقة أو أنفقت على نفسها من مالها، تكون هذه النفقة دينا في ذمة الزوج، ترجع بها الزوجة عليه إذا ايسر، فان لم تجد من تستدين منه النفقة، فان نفقتها تجب على المكلف بالإنفاق عليها على فرض إنها غير ذات زوج، وتكون هذه النفقة دينا في ذمة الزوج، يرجع بها المنفق على الزوج إذا ايسر(٢).

- ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، فيها زيادات التحقيق والتنقيح، تحقيق: د. أبو حماد صغير احمد بن حسن حنيف، ص١٠٩.

(١) ابن الهمام: فتح القدير، ج٤، ص٢٠٩-٢١٠. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٧. الموصلي: الاختيار، ج٤، ص٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٤. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤١٦. ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٦٦٣. ابن مفلح: المبدع، ج٨، ص٢٠٩. البصري: عارف، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، الدار الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص١٨١.

(٢) السرخسي: المبسوط، ج٥، ص١٩٠. المرغياني: أبو الحسين، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج٢، ص٢٨٧، اعتنى بتصحيحه طلال يوسف. ابن الهمام: فتح القدير: ج٤، ص٢٠٢-٢٠٣. ابن نجيم: البحر الرائق، ج٤، ص٢٠١. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج٣، ص٥٩١-٥٩٢.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء المالكية[1] ، والشافعية[2] ، والحنابلة[3] إلى أن للزوجة إذا اعسر زوجها عن دفع نفقة المعسر، الحالّة والمستقبلة، فإنها مخيّرة بين البقاء معه والصبر على ذلك، وبين طلب التفريق لعجزه عن دفعها، وانه ليس للزوجة طلب التفريق لعجز زوجها عن دفع نفقتها الماضية إذ هي دين في ذمته كسائر الديون، كما انه ليس لها طلب التفريق لإعساره وعجزه عن دفع نفقة المتوسط والموسر، ولو كانت الزوجة غنية أو اعتادت الطيب والناعم.

أما إذا كان الزوج موسرا، وامتنع عن دفع النفقة، فقد ذهب المالكية إلى ان القاضي يعجل عليه الطلاق بلا اعذار، وقيل انه يحبسه، فإذا حبسه، ولم ينفق طلق عليه[4] ، وكذلك الحال إذا لم يدع بالإعسار أو اليسار، طلق عليه بالحال، أما إذا ادعى الإعسار، فان أثبته، تلوم له القاضي بالاجتهاد حسب ما يراه، لعله يحصل النفقة، فإذا لم ينفق، ولم يطلق بعد الإمهال، طلق عليه القاضي، وإذا لم يثبت الإعسار، يأمره بالطلاق أو الإنفاق، فإذا لم يفعل، فالمعتمد انه يطلق عليه دون امهال، وقيل يتلوم له بالاجتهاد ثم يطلق عليه بعد التلوم[5].

وإذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، يعلم له مكان إقامة، يعذر إليه القاضي إما أن يأتي، أو يرسل النفقة، أو يطلق عليه، وإذا كانت غيبته بعيدة، أو كان لا يعلم له مكان إقامة، فان القاضي يطلق عليه بلا تلوم ولا أعذار[6] ، وحد الغيبة القريبة

---

(1) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٧٤٥. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٢-٢١٣.

(2) الرافعي: أبو القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ج١، ص٤٨. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٥٤.

(3) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٦٢. ابن مفلح: المبدع، ج٨، ص٢٠٦. البهوتي: كشاف القناع: كشاف القناع، ج٥، ص٤٧٦.

(4) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٤.

(5) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٤. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٥. الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٧٤٥.

(6) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٧٤٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٩٤. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٣.

ثلاثة أيام، والغيبة البعيدة عشرة أيام[1]، واما مدة التلوم والأعذار فهي متروكة لاجتهاد القاضي، حسب ما يراه من غير تحديد بيوم أو ثلاثة أو شهر أو شهرين[2]وذهب الشافعية إلى أن الزوج الموسر إذا امتنع عن دفع النفقة للزوجة، فليس لها طلب الفسخ في الأصح؛ لأنها تتمكن من تحصيل النفقة منه بواسطة السلطان فيما إذا غاب الزوج وهو موسر، ولم يوفيها حقها في النفقة فليس لها الفسخ كذلك في الأظهر، وليس لها أيضا الفسخ إذا غاب ولا مال له، أو جُهل حاله فلم يعلم اهو موسر أو معسر وهذا ما عليه الأكثر من فقهاء الشافعية[3].

أما إذا كان الزوج معسراً فانه يمهل ثلاثة أيام؛ لدفع نفقة الزوجة في اظهر القولين، فان لم يدفعها ينجز عليه الفسخ[4].

وذهب الحنابلة إلى انه إذا امتنع الزوج عن دفع نفقة زوجته مع يساره، فان الحاكم يأمره بالإنفاق، ويجبره عليه، فان أبى حبسه، فإذا صبر على الحبس؛ ولم يؤدها اخذ الحاكم النفقة من ماله، فان أخفاه، ولم يقدر له على مال، فسخ الحاكم نكاحه كحال المعسر، وهو ظاهر قول الخِرَقي، واختيار أبي الخطاب، واختار القاضي إنها لا تملك الفسخ.

أما إذا كان الزوج غائبا فان الحاكم يكتب إليه ان أمكن فان تعذر أمرها القاضي بالاستدانة عليه فان تعذر مع عدم القدرة على الوصول إلى شيء من ماله فان لها الفسخ[5]وإذا طلب المعسر مهلة أجيب إلى ثلاثة أيام وقيل إلى أخر

---

(1) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٦.

(2) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٥. الشنقيطي: محمد الشيباني بن محمد بن احمد، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك للشيخ عبدالعزيز محمد ال مبارك الاحسائي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط٢، مزيدة ومنقحه، ج٣، ص٢٣٥.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٥٧. النووي: روضة الطالبين ، ج٦، ص٤٨٠. الرملي: احمد بن ابي العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د.ط، دس، ج٧، ص٢٢٢.

(4) النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٤.

(5) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٦٣-٣٦٤. ابن مفلح: المبدع، ج٨، ص٤٠٩-٤١١. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٧٩-٤٨٠.

اليوم[1].

نوع الفرقة الواقعة بسبب العجز عن دفع النفقة:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب العجز عن دفع النفقة على رأيين:

الرأي الأول : وبه قال المالكية[2]، فقالوا بأنها فرقة بطلاق رجعي، وهو قول مخرّج للشافعية[3] ، وان للزوج الحق في إرجاعها، إذا اثبت يساره بدفع نفقة شهر، وقيل نصف شهر مما يليق بها، وليس من نفقة المعسر، وبقدرته على إدامة النفقة لها بعد ذلك، ولا تصح الرجعة بغير ذلك[4].

الرأي الثاني: وإليه ذهب الشافعية على الصحيح[5]، والحنابلة[6]فقالوا بان هذه الفرقة فرقة فسخ للعقد ولا رجعة فيها.

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني التفريق للعجز عن دفع النفقة في المواد (١٢٧ و١٢٨و١٢٩) منه حيث نصت المادة (١٢٧) على انه:"**إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فان كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ولم يقل انه معسر أو موسر أو قال انه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإذا ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالاً وان أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة اشهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك**".

---

(١) ابن مفلح: المبدع، ج٨، ص٤١٢.

(٢) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٦. الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٧٤٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٦. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٨.

(٣) النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٤.

(٤) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٦. الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٧٤٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٣٩٦. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص٢١٨.

(٥) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٥٤. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٤.

(٦) ابن قدامه، المغني، ج١١، ص٢١٢. ابن مفلح: المبدع، ج٨، ص٣٦٥. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٨٠.

ونصت المادة (١٢٨) على انه:"إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله وان لم يكن مال اعذر إليه القاضي وضرب له أجلا فان لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل وان كان بعيد الغيْبَة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وثبت انه لا مال تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعذار وضرب اجل وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة".

ونصت المادة (١٢٩) على "تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً وإذا كان الطلاق رجعياً فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة اشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها، وباستعداده للإنفاق فعلا في أثناء العدة فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة".

وعليه فان القانون قد اخذ من حيث المبدأ برأي جمهور الفقهاء بجواز التفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن دفع نفقة زوجته، واخذ الأحكام التفصيلية لهذا التفريق من المذهب المالكي[١].

---

[١] انظر صفحة (١٠١).

المطلب الثاني: شروط رفع الدعوى

اشترط قانون الأحوال الشخصية شرطين لجواز رفع دعوى التفريق للعجز عن دفع النفقة:

١. ان يحكم للزوجة بنفقة على زوجها.

٢. ان لا يكون للزوج مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه.

فيما اشترطت محكمة الاستئناف الشرعية ومن خلال اجتهادها لجواز السير في الدعوى ما يلي:

١. ان تنفذ الزوجة الحكم بنفقتها لدى دائرة الإجراء.

٢. ان تُحضر الزوجة إلى المحكمة مشروحات من دائرة الإجراء تفيد بتعذر تحصيل النفقة من الزوج. وعليه فإذا لم تنفذ الزوجة حكمها لدى دائرة الإجراء فان دعواها لا تكون صحيحة، وان نفذت ولم تدع به تسألها المحكمة عن ذلك لتصحيح دعواها حتى يمكن سماعها وذلك في القرار رقم (٢٧٠٩١) تاريخ ١٩٨٦/١١/٢٦ [١] والذي يفيد ما قُرر آنفا.

وكذلك الأمر إذا لم تقدم المدعية في إثباتها لدعواها مشروحات من مأمور الإجراء تبين بان المدعى عليه تبلغ الحكم وانه لم يدفع النفقة المحكوم بها وانه تعذر تحصيل النفقة منه وتنفيذ الحكم عليه، فان محكمة الاستئناف تفسخ الحكم وتعيد الدعوى إلى المحكمة الابتدائية لتدارك ذلك وتكلف المدعية بتقديم هذه المشروحات وقد تأكد هذا الاجتهاد في العديد من القرارات منها القرار (٢١٦٣٤)[٢]، والقرار (٣١٣٤٤) تاريخ ١٩٩٠/٣/١٥ [٣]، والقرار (٣٤٢٨٥) تاريخ ١٩٩٢/٥/١١[٤]، والقرار رقم (٤٢٢٨١) تاريخ ١٩٩٧/٢/٢٧[٥]، ولا بد ان تكون

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٢-٣١٣.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٠.

[٣] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٤.

[٤] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٨.

[٥] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٢٢.

هذه المشروحات قد صدرت في وقت قريب من رفع الدعوى، فإذا كانت سابقة على رفعها بفترة زمنية بعيدة فلا يعتمد عليها كما في القرار (٣٠١٤٥) تاريخ ١٩٨٩/٥/٤ والذي جاء فيه:" **اعتمدت المحكمة على مشروحات دائرة الإجراء بتعذر تحصيل النفقة من المدعى عليه وتبين أن رفع الدعوى كان بعد اكثر من خمسة اشهر من تاريخ هذه المشروحات لذلك فسخ الحكم**"[1] حيث ان طول المدة بين صدور المشروحات ورفع الدعوى لا يبعث على الطمأنينة إذ من الممكن ان يدفع الزوج نفقتها أو بعضا منها بعد صدور المشروحات.

الجهة المختصة بتنفيذ الحكم:

أناط قانون الإجراء الأردني رقم ٣١لسنة ١٩٥٢ بمأمور الإجراء تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الحقوقية والشرعية حيث نصت المادة الثانية منه على انه "**يناط بدوائر الإجراء تنفيذ الأحكام الصادرة من جميع المحاكم الحقوقية والشرعية والدينية...**".

لم يتعرض الفقهاء إلى اشتراط تنفيذ الحكم لدى الجهات المختصة ولا إلى إحضار مشروحات تفيد بعدم إمكانية تحصيل النفقة من الزوج، حيث ان تكليف جهة معينة واختصاصها بتنفيذ الأحكام من الأمور المستحدثة، لم تكن موجودة في زمنهم.

ومحكمة الاستئناف اشترطت الشرط الأول لتتأكد أن الزوجة اتبعت الطرق القانونية لتحصيل نفقتها من الزوج وفق الأصول، واشترطت الشرط الثاني إحضار مشروحات من مأمور الإجراء تفيد بعدم إمكانية تحصيل النفقة من الزوج كون مأمور الإجراء يملك الوسائل القانونية اللازمة لحمل الزوج على دفع نفقتها المحكوم بها، وعند إحضار هذه المشروحات يتأكد للمحكمة سلامة الإجراءات والوسائل التي اتبعتها الزوجة لتحصيل النفقة، وبالتالي إعسار الزوج بهذه النفقة.

ولمّا كان تنفيذ الأحكام من اختصاص جهة معينة، فيجب على الزوجة ان تلجأ إلى هذه الجهة لتنفيذ الحكم بنفقتها بالطرق الرسمية طالما ان الزوج لم يدفع

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٣. عمرو: القرارات القضائية، ص٦٤.

لها نفقتها طوعا بالتراضي، وألجأها إلى مراجعة المحاكم لاستصدار الأحكام وتنفيذها بالطرق التي حددها القانون، فلا بد قبل طلبها التفريق للعجز عن دفع النفقة إن تنفذ الحكم لدى الدوائر المختصة بذلك، ولا يقبل منها أن تدعي بأنها طالبت الزوج بدفع نفقتها ولم يدفعها، وحيث أن دائرة الإجراء هي الجهة المخولة بتحصيل النفقة فهي اعلم بما حصل منها وبإمكانية تحصيلها أو تعذر ذلك، لا سيما وأنها مخولة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم جبرا على الزوج في أمواله حيث نصت المادة (٣٧) من قانون الإجراء على انه:"**إذا لم ينفذ المحكوم عليه حكم الإعلام برضاه تتولى دائرة الإجراء تنفيذه حسب الصلاحيات الممنوحة له في هذا القانون**"، وجاء في المادة (٤٣) من نفس القانون:"**يحق للمحكوم له ان يضع إعلام الحكم في التنفيذ ويطلب حجز نقود المحكوم عليه الموجودة في يده أو يد شخص ثالث وامواله المنقولة وغير المنقولة بيعها وفق الأصول ضمن الشروط المبينة في هذا الباب**" كما أن لرئيس الإجراء حبس المحكوم عليه إذا لم ينفذ الحكم وذلك لحمله على إظهار أمواله وتنفيذ الحكم حيث قررت المادة (١٢٠) بأنه:"**يجوز لرئيس الإجراء بناء على طلب المحكوم له ان يأمر بالقبض على المحكوم عليه وحبسه في أحوال منها: ثبوت اقتدار المدين على الدفع وذلك لإظهار أمواله ليتسنى لدائرة الإجراء التنفيذ عليه والوفاء بالدين**" ويفترض قانون الإجراء الأردني اقتدار المدين على الدفع ولا يلزم الدائن إثبات اقتداره لاستصدار قرار الحبس في حالات منها: المحكوم عليه بنفقة للزوجة والأصول والأقارب[1] وعليه فيكون اشتراط تنفيذ الحكم بالطرق الرسمية في محله وتكون مشروحات مأمور الإجراء من الإسناد الرسمية الضرورية التي تتوصل بها المحكمة إلى القناعة بتعذر تحصيل النفقة وتنفيذ الحكم وصحة ادعاء الزوجة، وكذلك تطمئن المحكمة قبل إصدار الحكم بالتفريق إلى سلامة الإجراءات التي اتبعتها الزوجة لتنفيذ الحكم بنفقتها.

---

(1) انظر المادة (١٢٧) من قانون الإجراء الأردني.

المطلب الثالث: امتناع الزوج عن دفع النفقة بدعوى نشوز[1] الزوجة أو بدفعها خارج الدوائر الرسمية

يشتمل هذا المطلب على دفعين[2] من الزوج على دعوى الزوجة وكل دفع يشكل مسألة مستقلة عن الأخرى

المسألة الأولى: امتناع الزوج عن دفع النفقة بدعوى نشوز الزوجة

لم يتعرض القانون لحكم هذه المسألة فيما قررت محكمة الاستئناف الشرعية في العديد من قراراتها أن دفع الزوج دعوى زوجته التفريق للعجز عن دفع النفقة، بعد حصولها على حكم بنفقتها وتنفيذ الحكم لدى دائرة الإجراء بأنها ناشز لا تستحق النفقة يُعد دفعاً مقبولاً ويُحقق فيه، وذلك في القرار رقم (٨٩٩١) والذي جاء فيه:" **امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة بلا مانع يعتبر نشوزاً مانعاً من استحقاقها للنفقة وإذا كانت غير مستحقة للنفقة فلا يسوغ لها طلب التفريق للإعسار عن دفع النفقة**"[3] والقرار رقم (١٣٨٣٩) والذي جاء فيه:"**النشوز إذا صح يمنع صحة دعوى التطليق للإعسار عن النفقة**"[4] والقرار رقم (٢١٦٨٨) والذي جاء فيه "**إذا دفع الزوج الدعوى بامتناعها من الرجوع إلى البيت وبنشوزها يحقق فيه**"[5] .

والأصل ان يدعي الزوج النشوز عند طلب الزوجة للنفقة، فإذا ثبت نشوزها

---

[1] النشوز: هو ان تترك الزوجة بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر. انظر المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية.

[2] الدفع: دعوى يثيرها المدعىعليه أو المتضرر أو المحكمة بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها. وتقسم إلى دفوع موضوعية: وهي التي توجه إلى ذات الحق المدعى به ودفوع شكلية وهي التي توجه إلى الخصومة أو إلى بعض إجراءاتها دون التعرض للحق المدعى به. انظر: أبو سيف: مامون محمد، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٩م، ص١٩. الانطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص٨٧.

[3] عمرو: القرارات القضائية، ص٦٣.

[4] عمرو: القرارات القضائية، ص٦١.

[5] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٠.

فان المحكمة ترد دعواها، ولا يحكم لها بالدعوى ابتداءً، واما إذا طرأ النشوز بعد فرض النفقة فان ذلك يسقط نفقتها، وعلى الزوج في هذه الحالة أن يرفع دعوى مستقلة يطلب فيها الحكم بقطع نفقتها لنشوزها ومنعها من المطالبة بالنفقة لعدم استحقاقها لها.

وكذلك الأمر إذا حكم على الزوجة بإطاعة زوجها وامتنعت من تنفيذ حكم الطاعة فإنها لا تستحق النفقة اعتبارا من تاريخ امتناعها عن تنفيذ الحكم[1] وعلى الزوج ان يرفع دعوى يطلب فيها قطع نفقتها لهذا السبب.

إلا أن الزوج قد لا يثير دفع نشوز الزوجة في دعوى النفقة، وقد يطرأ النشوز على الزوجة بعد الحكم بالنفقة ولا يطلب الزوج قطعها، وقد تحكم الزوجة بإطاعة زوجها وتمتنع عن تنفيذ الحكم ولا يطلب الزوج قطع نفقتها، ثم تطلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لعجزه عن دفع نفقتها، فهل للزوج ان يدعي نشوز الزوجة في دعوى التفريق؟ أم انه لا يجاب ولا يسمع دفعه حيث ان هذه الدعوى دعوى تفريق رفعتها الزوجة بعد حصولها على حكم مرعي، ويكون الزوج قد فوت على نفسه إثارة هذا الدفع في دعوى النفقة أو رفع دعوى مستقلة يطلب فيها قطع النفقة؟.

اجمع أهل العلم على أن الناشز لا تستحق النفقة[2] إلا ما نقل عن الحكم [3]، وابن حزم[4] فقالا إن لها النفقة، وقد اخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني برأي جمهور الفقهاء بعدم استحقاق الناشز للنفقة.

رأي الباحث:

وحيث انعقد الإجماع على أن النشوز يمنع الزوجة من استحقاق النفقة، فان عدم إثارة هذا الدفع في دعوى النفقة ابتداءً عند الحكم بها للزوجة، وعدم رفع

---

(1) انظر المادة (٣٧) من قانون الأحوال الشخصية.

(2) ابن المنذر: الإجماع، ص١١٠.

(3) الحكم: هو الحكم بن عتبة الكوفي تابعي، ثقة، حجة، وافقه أهل الكوفة بعد النخعي والشعبي، ولد سنة ٥٠هـ توفي ١١٥هـ.

(4) ابن حزم: المحلّى، ج٦، ص٦٢١، ج٧، ص١٠٩.

الزوج دعوى مستقلة بقطع نفقتها بعد أن نشزت، بامتناعها عن الرجوع إلى بيت الزوجية، أو بامتناعها عن تنفيذ حكم الطاعة الذي حكمت به بعد حصولها على حكم بالنفقة، لا يغيّر من حقيقة أنها ناشز لا تستحق النفقة ، ولما كانت لا تستحق النفقة فلا مسوغ لطلبها التفريق للعجز عن دفع النفقة، لأنها لا تستحقها أصلا، وعدم إثارة الزوج للنشوز في الدعوى التي يحكم لها بالنفقة، أو عدم رفعه دعوى مستقلة بطلب قطع نفقتها لنشوزها الحادث لا يمنعه من إثارته في دعوى التفريق، لكل هذا يرى الباحث أن اجتهاد المحكمة في هذه المسالة موافق للصواب.

المسألة الثانية: استعداد الزوج بدفع النفقة خارج دائرة الإجراء

أشرنا في المطلب السابق إلى أن دائرة الإجراء هي الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية،فإذا استعد الزوج في دعوى التفريق للعجز عن دفع النفقة بدفعها خارج دوائر الإجراء، وقرر انه غير مستعد لدفعها في دائرة الإجراء، فهل يعد هذا إقرارا منه باليسار وإصرارا على عدم الإنفاق، فتطلق عليه المحكمة حالا، دون إعذار ولا ضرب اجل؟ أم لا يمكن اعتبار هذا الأمر إقرارا وإصرارا على عدم الإنفاق، فيعذر إليه بدفع النفقة ويمهل المهلة المقررة قانونا للمعسر، فإذا لم يدفع النفقة تطلق عليه المحكمة بعد الأعذار؟.

محكمة الاستئناف الشرعية قضت في هذه المسألة ان هذا القول من الزوج لا يعد إقرارا منه باليسار ولا يعد إصرارا منه على عدم الإنفاق، وقضت أن يمهل الزوج للإنفاق على زوجته، فإذا لم ينفق تطلق عليه المحكمة بعد الإعذار واعطائه المهلة القانونية، وذلك في قرارها رقم (٣٥٧٩) تاريخ ١٩٩٣/٥/٢٢ الذي جاء فيه:"**ان المستأنف حضر بالذات إلى المحكمة الابتدائية وقرر انه غير مستعد أن يدفع للمستأنف عليها أي مبلغ من النقد في دائرة الإجراء، وانه مستعد لدفعها خارج محكمة دائرة الإجراء، فاعتبرت المحكمة الابتدائية قوله هذا يشكل إصرارا منه على عدم الإنفاق مع انه لا يعتبر كذلك، لأنه لم يدع اليسار، ويصر على عدم الإنفاق صراحة، وكان عليها تطبيق ما جاء في المادة (١٢٧) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك بتكليف المستأنف أولاً بتوضيح قوله المذكور وبيان**

حاله فان ادعى اليسار وأصر على عدم الإنفاق تطلق عليه المحكمة في الحال، وان صادقها على العجز وعدم وجود مال له يمكن تنفيذ حكم فيه أمهل، وبما إنها لم تفعل فقد كان الحكم بالتفريق بطلقة واحدة رجعية للامتناع عن دفع النفقة غير صحيح فتقرر فسخه"[1] والقرار رقم (٣٦١٦٧) تاريخ ١٩٩٣/٩/٩[2].

وهذا القول الصادر من الزوج بأنه مستعد لدفع النفقة خارج دائرة الإجراء وان كان ليس إقرارا صريحا منه باليسار إلا انه يدعي ضمنا استطاعته وقدرته على دفع النفقة ومع ذلك يرد عليه احتمال أن يكون مستعدا لدفعها باستدانتها من الغير، أو بتبرع الغير بها، أو على أمل ان يستطيع دفعها مستقبلا أو غير ذلك من الاحتمالات وحيث ان المحكمة الابتدائية تستطيع الإستيضاح منه ومعرفة مقصودة من هذا الكلام وسؤاله عن حاله فليس لها ان تفسر كلامه بيساره طالما يمكن معرفة ذلك منه صراحة، وان القضاء يبنى على الجزم والتأكيد لا على الاحتمال وحيث انه يمكن معرفة مقصوده فعلى المحكمة أن تكلفه بتفسير كلامه وبيان حاله، ثم تسير بالدعوى على ضوء جوابه الصريح، أما امتناعه عن دفع النفقة لدى دائرة الإجراء فلا يقبل منه كونها الجهة الرسمية المخولة قانونيا بتنفيذ الأحكام، ولا ضرر عليه بدفعها بها، بل إن دفعها في دائرة الإجراء فيه قطع للخصومات ومنع للخلافات التي تثار فيما بعد بين الزوجين من إنكار لقبض النفقة أو إنها دفعت عن فترة سابقة أو ان الزوجة استوفتها مقابل حق أخر غير النفقة أو غير ذلك مما يثار أمام المحاكم وعليه فان الباحث يرى أن اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية هذا موافق للصواب.

---

[1] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٩.

[2] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣١٩.

المطلب الرابع: الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول

نصت المادة (١٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على:"**تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً وإذا كان الطلاق رجعياً فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا اثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة اشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وباستعداده للإنفاق عليها فعلاً في أثناء العدة فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة**".

المسألة الأولى: وجوب العدة(١) من الخلوة الصحيحة (٢) وقبل الدخول بعد العقد الصحيح.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية(٣) والمالكية (٤) والشافعية في القديم(٥) والحنابلة (٦) وقالوا بوجوب العدة الشرعية من الخلوة الصحيحة من العقد الصحيح وان لم يحصل دخول حقيقي.

---

(١) العدة الشرعية: هي انتظار مدة معلومة يلزم المرأة بعد زوال النكاح حقيقة أو شبهة المتأكد بالدخول أو الموت. انظر: الفتاوي الهندية، ج١، ص٥٣٦.

(٢) الخلوة الصحيحة: هي ان يجتمع الزوجان في مكان امنين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما، بلا مانع حسي أو طبيعي. انظر: ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢١٧.

(٣) قاضي خان: فتاوي قاضي خان، ج١، ص٥٤٩. ابن الهمام: فتح القدير، ج٤، ص٢٦. الفتاوي الهندية، ج١، ص٥٣٦. الكرلاني: جلال الدين الخوارزمي، الكفاية على الهداية شرح بداية المبتدئ بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث، د.ط، دس، ج٤، ص١٣٦. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص٣٩٨.

(٤) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٦٧٤. عبدالرفيع: أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والاحكام، دار الغرب الإسلامي، تحقيق:د. محمد بن قاسم بن عباد، ١٩٨٩م، بيروت- لبنان، د.ط، ج١، ص٢٩٤.

(٥) المحلي: جلال الدين محمد بن احمد، كنز الراغبين، شرح منهاج الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، بهامش حاشيتا قليوبي وعميره، ضبط وخرج آياته عبداللطيف عبد الرحمن، ج٤، ص٦١.

(٦) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص١٩٧. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مكتبة العبيكان، الرياض، وط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، تحقيق:

الرأي الثاني: وبه قال الشافعية في الجديد[1] بعدم لزوم العدة على الزوجة المختلى بها من غير دخول.

وقد اخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني برأي جمهور الفقهاء في إيجاب العدة على المفترقة عن زوجها بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول بالعقد الصحيح[2].

المسألة الثانية: ملك الرجعة للزوج بعد طلاقه بعد الخلوة وقبل الدخول

فإذا تم التطليق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول بعد العقد الصحيح فهل يملك الزوج الرجعة[3] على زوجته أثناء عدتها هذه مسألتنا الثانية.

اختلف الفقهاء في حكم ملك الزوج الرجعة على زوجته في أثناء عدتها بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول في العقد الصحيح على رأيين:

الرأي الأول: وبه قال الحنفية[4] والمالكية[5] إلى أن الزوج لا يملك الرجعة على الزوجة في هذه الحالة.

الرأي الثاني: وبه قال الحنابلة[6] حيث ذهبوا إلى أن الزوج يملك الرجعة على الزوجة أثناء عدتها من الخلوة الصحيحة التي لم يتم بها دخول.

فإذا تم التطليق لعدم الإنفاق بعد العقد الصحيح وبعد الخلوة الصحيحة من غير دخول واستعد الزوج لدفع نفقة ثلاثة اشهر لزوجته مما تراكم عليه، واستعد للإنفاق عليها فعلاً، فهل يملك إرجاعها أم انه لا يملك الرجعة؟.

عبدالله بن عبدالرحمن بن عبدالله الجبرين، ج٥، ص٥٣٥.

[1] المحلي: كنز الراغبين، ج٤، ص٦٠-٦١. الرملي: نهاية المحتاج، ج٧، ص١٢١.

[2] انظر المادة (١٣٥) من قانون الأحوال الشخصية.

[3] الرجعة: إبقاء النكاح على ما كان ما دامت الزوجة في العدة. انظر: الفتاوى الهندية، ج١، ص٤٦٨.

[4] السرخسي: المبسوط، ج٥، ص٢٥-٢٦.المرغياني: الهداية، ج٢، ص٢٥٦. البابرتي: محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير، ج٤، ص٢٦. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٤٩.

[5] الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٦٧٤. عبدالرفيع: معين الحكام، ج١، ص٢٩٤.

[6] ابن تيمية: مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، دس، تحقيق محمد حامد الفقي، ج٢، ص٨٣.

تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة في قرارها رقم (٢٥٨١٩) الذي جاء فيه:" **إن الحكم بالتفريق بين المدعية وزوجها المختلي بها المدعى عليه بطلقة واحدة وان عليها العدة الشرعية من تاريخ الحكم، صحيح، غير ان وصف هذه الطلقة بأنها رجعية لحصول الخلوة بينهما وان له مراجعتها أثناء العدة الشرعية إذا اثبت يساره، واستعد للإنفاق عليها فعلا على الوجه المذكور فغير صحيح، لان الطلاق بعد الخلوة إنما يكون بائناً طبقا للمواد (٨٣، ٢٣١، ٢٤٠) من الأحكام الشرعية لمحمد قدري وشرحها للابياني، وليس رجعيا كما حكمت المحكمة الابتدائية لذلك تقرر تصديق الحكم معدلا على الوجه المذكور**"[١].

وكما هو واضح من قرار المحكمة فقد أخذت الخلوة الصحيحة حكم الدخول الحقيقي في وجوب العدة على الزوجة ولم تقم الخلوة مقام الدخول الحقيقي في نوع الطلاق إذ اعتبرت الطلاق بائناً، ومعلوم انه لا تصح الرجعة بعد الطلاق البائن، وقد نصت المادة (١٨٣) من الأحكام الشرعية لمحمد قدري على:" **حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطء في تأكيد لزوم المهر كله في النكاح الصحيح ولو كان الزوج عنينا، وفي ثبوت النسب والنفقة والسكنى وحرمة نكاح أخت الزوجة وأربع سواها في عدتها، ولا تكون الخلوة الصحيحة كالوطء في الإحصان وحرمة البنات وحل المرأة للزوج الأول، والرجعة والميراث من الزوج إذا مات والمرأة في عدة الخلوة**"[٢].

كما جاء في شرح هذه المادة للابياني ما يلي"ان الرجل لو اختلى بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها لم تثبت له الرجعة عليها مع انه لو دخل بها دخولاً حقيقياً أو طلقها طلاقاً رجعيا تثبت له الرجعة ما دامت في العدة فلم يقم الخلوة الصحيحة مقام الوطء في الرجعة"[٣].

وجاء في المادة (٢٣١) من الأحكام الشرعية لمحمد قدري:"**كل من طلق**

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية،ج١، ص٣١٢.

[٢] الابياني: شرح الأحكام الشرعية، ج١، ص١٢٣.

[٣] الابياني: شرح الاحكام الشرعية، ج١، ص١٢٣.

زوجته المدخول بها حقيقة تطْليقة واحدة رجعية أو تطليقتين كذلك لو حُرة فله أن يراجعها، ولو قال لا رجعة لي بدون حاجة إلى تجديد العقد الأول، ولا إلى اشتراط مهر جديد ما دامت في العدة سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم، وسواء رضيت بها أو أبت، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة ولا رجعة في عدة المطلقة بعد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة"(1).

وبيّن الابياني في شرح المادة المشار إليها ان المدخول بها حكما هي المختلى بها من غير دخول حقيقة وأنها تلزمها العدة ولا رجعة للزوج عليها(2).

وجاء في المادة (٢٤٠) من الأحكام الشرعية لمحمد قدري:**"كل طلاق يلحق المرأة غير المدخول بها فهو بائن فمن قال لزوجته غير المدخول بها حقيقة أنت طالق، بانت بواحدة، ولا عدة عليها وكذا لو اختلى بها بلا وطء، ولكن عليها العدة".**

وهذه الأحكام والمواد أُستمدت من الفقه الحنفي الذي بينا رأيه في هذه المسألة.

وعليه فان الباحث يرى ان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في هذه المسألة متفق مع أحكام المذهب الحنفي الذي ذهب إلى إلزام الزوجة المطلقة بالعدة الشرعية إذا وقع الطلاق بعد الخلوة الشرعية الصحيحة وقبل الوطء في العقد الصحيح(3) وإلى أن هذا الطلاق يقع بائناً ولا يملك الزوج عليها الرجعة(4) ونص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

---

(1) الابياني: شرح الأحكام الشرعية، ج١، ص٣٢٤.

(2) الابياني: شرح الأحكام الشرعية، ج١، ص٣٢٣-٣٢٤.

(3) قاضيخان: فتاوي قاضي خان، ج١، ص٥٤٩. ابن الهمام: فتح القدير، ج٤، ص٢٦. الكرلاني: الكفاية، طج٤، ص١٣٦. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٥٩٥.

(4) السرخسي: المبسوط، ج٥، ص٢٥-٢٦. المرغياني: الهداية، ج٢، ص٢٥٦. البابرتي، شرح العناية، ج٤، ص٢٦. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٤٩. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٥٩٥.

المبحث الرابع
الاجتهاد في دعوى التفريق للسجن والجنون وإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التفريق للسجن.

المطلب الثاني: تخفيض عقوبة السجين بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

المطلب الثالث: قياس حكم الأسير على السجين.

المطلب الرابع: مفهوم التفريق للجنون.

المطلب الخامس: عته الزوج دون جنونه.

المطلب السادس: جنون الزوجة.

المطلب السابع: مفهوم التفريق لإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام.

المطلب الأول : مفهوم التفريق للسجن

أولاً: السجن لغة: السين والجيم والنون اصلٌ واحد، وهو الحبس.[1]

ثانياً: المسجون اصطلاحاً: هو المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر[2] .

حكم سجن الزوج وطلب زوجته التفريق:

إذا سجن الزوج، وقيدت حريته لمدة ثلاث سنوات فأكثر فان زوجته تتعرض للأذى والضرر نتيجة غيابه عنها، ويقع عليها ما يقع على زوجة الغائب من الضرر، وفي انتظار خروجه من السجن تعريضاً لها للفتنة، وقد يؤدي ذلك بها إلى الانحراف والوقوع في الرذيلة، فهل للزوجة طلب التفريق لسجن زوجها؟.

لم يبحث معظم الفقهاء حكم هذه المسألة بشكل مستقل ومفصل، وذلك كون السجن في زمنهم لم يكن بالصورة الموجودة في زمننا، ولم يكن يلجأ إلى السجن كوسيلة لعقاب المجرمين كما هو حاصل الان، كما ان مفهوم الحبس كان أوسع من حبس الإنسان في مكان ضيق لذا نجد ابن تيمية[3] -رحمه الله - يقول "الحبس ليس هو السجن في مكان ضيق وانما تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيتٍ أو مسجدٍ أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه"[4] إضافة إلى أن الفقهاء قالوا بان المسجون إذا احتاج إلى الجماع فانه يمكن من ذلك بان تدخل زوجته إليه في مكان حيث لا يطلع عليه أحد[5] .

---

(1) ابن عباد: المحيط في اللغة، ج٧، ص١٥.

(2) النعواشي: ماجد حسين، مدى سلطان القاضي في حل الرابطة الزوجية، رسالة دكتوارة مقدمة في جامعة ام درمان الإسلامية، ص١٥٩.

(3) ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس احمد بن عبدالحليم بن عبد السلام، ولد ٦٦١هـ، توفي ٧٢٨هـ، مجتهد محدث مفسر زاهد له عدة مصنفات منها: الايمان، الاستقامة، المنحة المصرية، المسائل الإسكندرية، والجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح. انظر: ابن شطي: محمد جميل بن عمر البغدادي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة فواز الزمرلي، دار الكتاب العربي، ط ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص٦١-٦٦.

(4) ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج٣٥، ص٣٩٨.

(5) الفتاوى الهندية، ج٣، ص٤٠٨.

ولم أجد أصلا لهذه المسألة عند معظم الفقها الأقدمين غير ابن تيمية -رحمه الله- تطرق إلى موضوع التفريق للسجن حيث يقول:"وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضي للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة أولى للفسخ لتعذره في الإيلاء إجماعا، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[1] .

وأما العلماء المعاصرون فمنهم من ذهب إلى جواز التفريق للسجن وذلك قياساً على التفريق للغياب والأسر، الذي ذكر بعض المالكية بان لزوجة الأسير طلب التفريق عن زوجها بجامع حصول الضرر على الزوجة في كلا الحالين، ومنهم من لم يجز التفريق للسجن لقوله بعدم جواز التفريق للغياب [2].

والأسباب الموجبة لمادة التفريق للسجن في قانون الأحوال الشخصية ذكرت أنها استمدت هذا الحكم من مذهب الإمام احمد[3] .

وبالرجوع إلى المذهب الحنبلي نجد ان المذهب ينص على انه لا يجوز التفريق للسجن والأسر، ما دام يمكن الإنفاق على الزوجة من مال الزوج، حيث يقول ابن قدامة :"إذا غاب الرجل عن امراته، لم يخلُ عن حالين، أحدهما: ان تكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره، ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته ان تتزوج في قول أهل العلم أجمعين، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها ان تطلب فسخ النكاح، فيفسخ نكاحه، واجمعوا على ان زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين

---

[1] ابن تيمية، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختارها الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ص ٢٠٧.

[2] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص٢٢٩. . عقله: نظام الأسرة في الإسلام ، ج٣، ص٢٢٦. الشلبي: أحكام الأسرة في الإسلام ، ص٦١٣. البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ص٤٢٠. النعواشي: مدى سلطان القاضي في حل الرابطة الزوجية، ص١٥٩.

[3] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٢٥.

وفاته"[1] .

ويقول المرداوي"قال المصنف في المغني في امرأة من علم خبره، كأسير ومحبوس لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله وإلا فلا، إجماعا."[2] .

وهذا ما عليه المذهب الحنبلي من عدم جواز طلب التفرق للسجن والأسر ما دامت الزوجة تستطيع الإنفاق من مال الزوج[3] .

إضافة إلى أن الحنابلة أجازوا التفريق للغياب شريطة أن يكون الغياب بلا عذر، فان كان للزوج عذر في غيابه فلا يجوز التفريق[4] .

أما الاعتماد على رأي المالكية بالتطليق على الغائب، وقول بعضهم بجواز طلب التفريق لزوجة الأسير، فان القول بان زوجة الأسير يقع عليها من الضرر ما يقع على زوجة الغائب من الضرر فهو أمر مسلّم، إلا ان المالكية بحثوا موضوع الأسير بشكل مفصل في مصادرهم حيث ذهب بعضهم إلى ان لزوجة الأسير طلب التفريق[5] إلا ان المعتمد في المذهب هو قول الإمام بعدم جواز التفريق للأسر[6] كما انهم ناقشوا الرأي القائل بجواز التفريق للأسر وضعّفوه وأنكروا قياس المسجون والأسير على الغائب، حيث ذكروا أن المرض والاعتقال يرفع عن كون الزوج متعديا في ترك الوطء، وبالتالي كيف تطلق عليه زوجته، وان هذا الحكم باطل بإجماع من الصحابة وطريق الاستدلال[7] ، وقد نقل ابن

---

[1] ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٢٤٧.

[2] المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص٣٥٥.

[3] ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص٢٠٠. البهوتي: كشاف القناع ج٥، ص١٩٣.

[4] انظر المبحث الأول : المطلب الأول من هذا الفصل.

[5] هذا قول أبو عبدالله سيدي محمد التاودي و أبو عبدالله سيدي محمد بن الحسن البناني الفاسي، انظر الرهوني، ج٤، ص١٩٠.

[6] الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص٩٨. الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٦٩٨. الصاوي: اقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ج٢، ص٦٩٨. عبدالرفيع: معين الحكام، ج١، ص٣٢٣. ابن رشد: مقدمات ابن رشد، ج٢، ص١٥٦--١٥٨.

[7] الرهوني: محمد بن احمد بن محمد بن يوسف، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٠٦هـ، ط١، ج٤، ص١٩٠. كنون: أبو عبدالله سيدي محمد بن المدني، حاشية أبو عبدالله سيدي محمد بن المدني، بهامش حاشية الرهوني، ج٤، ص١٩٠.

المنذر الإجماع على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته[1] وهذا يفهم منه عدم جواز طلب التفريق للحبس والأسر.

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني التفريق للسجن في المادة (١٣٠) منه والتي تنص على:"**للزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي السنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائنا ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**". والقانون اشترط شروطا لجواز التفريق هي :

١. صدور حكم بحبس الزوج لمدة ثلاث سنوات فاكثر.

٢. ان يكون هذا الحكم نهائيا[2] .

٣. ان يمضي على سجن الزوج مدة سنة كاملة.

٤. ان تطلب الزوجة التفريق[3] .

---

(١) ابن المنذر: الإجماع، ص١٠٨. أبو جيب: سعدي، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ج١، ص١٠٤.

(٢) الحكم النهائي: هو الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق من طرق الطعن العادية وذلك اما بفوات ميعاد الطعن أو استنفاذه. انظر البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ص٤١٩.

(٣) الأشقر: عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس، ط مزيده ومنقحه، ط٢، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ص٢٧٣.

المطلب الثاني: تخفيض عقوبة السجين بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية

إذا صدر الحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة ثلاث سنوات فاكثر، واصبح هذا الحكم نهائيا، وأمضى الزوج سنة في السجن تنفيذا لهذه العقوبة، وأقامت زوجته دعوى طلب التفريق للسجن، ودفع الزوج دعواها بصدور قانون عفو عام خفض بموجبه عقوبة سجنه، بحيث أصبحت مدة سجنه أقل من ثلاث سنوات، فهل يُعد هذا دفعا مقبولا من الزوج، حيث اصبح لا ينطبق على حالة نص المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية، أم انه لا يلتفت إلى هذا الدفع منه، على اعتبار انه قد صدر بحقه حكم نهائي، وانطبق بموجب هذا الحكم عليه نص المادة (١٣٠) من القانون ، ولا يؤثر بعد ذلك صدور قانون عفو عام؟.

تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة في قرارها رقم (١٢٤٣٩) تاريخ ١٩٦٢/١٢/٨ والذي جاء فيه:" **إذا نزلت العقوبة بالعفو العام وأصبحت اقل من ثلاث سنوات قبل إقامة الدعوى فلا تطبق على المدعى عليه المادة الخاصة بالتفريق للسجن**"[1] وفي قرارها رقم (٢٧٣٢٣) تاريخ ١٩٨٧/٢/٤ والذي جاء فيه:"**إن المستأنف عليه وان اقر بدعوى زوجته المستأنفة صدور الحكم المذكور والنهائي بسجنه ثلاث سنوات، ومضى مدة منها قبل رفع الدعوى اكثر من سنة وهو ما طلبت المستأنفة بسببه تطليقها عليه عملا بالمادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية إلا انه دفع دعواها بصدور قانون العفو العام، الذي خفضت بموجبه العقوبة التي منها مدة سجنه إلى النصف وبذلك تكون هذه المدة قد أنزلت إلى سنة ونصف تنتهي بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٢، وابرز شرحا على استدعاءٍ منه للجهة الرسمية المختصة أفاد ما ذكر دون أن يذكر فيه أو يعرض الطرفان في أقوالهما اللاحقة لبيان تاريخ صدور العفو العام المذكور وهو ما كان على المحكمة الابتدائية أن تحقق فيه بما يتحقق معه أن صدور هذا القانون قبل إقامة هذه الدعوى أو بعدها لما يترتب على ذلك من اثر بالنسبة لموضوعها.**

[1] داود: القرارات الاستئنافية، ج١،ص٣٢٦. عمرو: القرارات القضائية، ص٦٧.

انظر القرار (١٢٤٣٩) لذلك كان الحكم برد الدعوى سابقا لأوانه فتقرر فسخه وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب"[١]

ومن القرارين السابقين نلاحظ أن محكمة الاستئناف الشرعية قد فرقت في قبول الدفع بتخفيض عقوبة السجين لمدة تقل عن ثلاث سنوات بين ان يكون هذا التخفيض في حالين:

الحال الأول : أن يكون التخفيض قبل رفع دعوى الزوجة.

الحال الثاني: بعد رفع الدعوى من الزوجة.

فإذا رفعت الزوجة دعواها طالبة التفريق ثم صدر قانون العفو العام بعد ذلك وخفضت بموجبه عقوبة الزوج بأقل من ثلاث سنوات فلا يقبل هذا الدفع، أما إذا صدر قانون العفو العام وخفضت عقوبة الزوج لأقل من ثلاث سنوات ثم رفعت الزوجة دعوى التفريق فدفعها الزوج بتخفيض عقوبته فان الدفع مقبول وترد دعوى الزوجة طلبها التفريق للسجن.

وقد صدر هذا الاجتهاد عن المحاكم المصرية حيث جاء فيه " إذا كان الثابت ان قضي على الزوج المدعى عليه بالسجن خمس سنوات، وبعد مضي سنة ونصف أقامت الزوجة دعوى بطلب التطليق عليه، وقبل الفصل في الدعوى أفرج عنه قبل مضي ثلاث سنوات، فان المقرر أن ما دامت القضية قد رفعت مستوفية لشروطها المقررة في القانون أي بعد مضي سنة من تاريخ حبس الزوج في عقوبة مدتها ثلاث سنوات أو تزيد فان الضرر قد تحقق ولو افرج عن الزوج قبل مضي الثلاث سنوات[٢] .

وقد بُحثت هذه المسألة من قبل فقهاء القضاء المصري، وهي موضع خلاف بينهم[٣]، حيث يرى بعضهم [٤] ، إن خروج الزوج السجين أثناء نظر الدعوى قبل

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٢٦. عمرو: القرارات القضائية، ص٦٨.

[٢] العمروسي: أصول المرافعات الشرعية، ص٦٠٦.

[٣] عبدالتواب: موسوعة الأحوال الشخصية، ج١، ص٧١٤.

[٤] هما المستشار أنور العمروسي والمستشار احمد نصر الجندي.

انقضاء ثلاث السنوات المحكوم بها فان الدعوى قد فقدت أحد شروطها، وان الحبس ثلاث سنوات قرينة على تحقق الضرر للزوجة، فإذا افرج عن الزوج لسبب مشروع قبل هذه المدة أصبحت القرينة غير قاطعة، إذا يرون أن المقصود من التفريق للسجن رفع الضرر عن الزوجة وليس موجب الدعوى وسببها هو صدور الحكم بالسجن وبالتالي ترد الدعوى في حين يرى بعضهم[١] أن خروج الزوج من السجن قبل مضي الثلاث سنوات لا يؤثر على الدعوى.[٢]

وبعد هذا العرض نلاحظ ما يلي:

أولا: إن قانون الأحوال الشخصية وضع ضابطاً لجواز التفريق للسجن، وهو ان يحكم الزوج بعقوبة نهائية لمدة ثلاث سنوات فاكثر، وان يمضي على سجن الزوج سنة فعلية.

ثانياً: إن اشتراط الحكم على الزوج هذه المدة وإمضائه سنة في السجن لجواز التفريق هو مظنة حصول الضرر للزوجة، ورفع الضرر عنها هو الغاية من تشريع التفريق للسجن.

ثالثاً: إن محكمة الاستئناف الشرعية قد اتخذت معياراً شكلياً، في قبول دفع الزوج إذا خفِّضت عقوبته قبل رفع الدعوى، وعدم قبول الدفع إذا كان تخفيض العقوبة بعد رفع الدعوى.

رابعاً: هذا المعيار لا اثر له بالنتيجة في مدة سجن الزوج ولا على الضرر الذي يلحق بالزوجة.

خامساً: ذهبت بعض القوانين العربية إلى أن التفريق للغياب والسجن يكون طلاقاً رجعياً، منها على سبيل المثال القانون السوري، الذي قرر أن للزوج الغائب إذا عاد والسجين إذا أطلق والمرأة في العدة حق مراجعتها،[٣] بحيث

---

[١] هما المستشار اشرف كمال والمستشار كمال البنا.

[٢] البكري؛ موسوعة القضاء في الأحوال الشخصية، ص٤٢٠. عبدالتواب: موسوعة الأحوال الشخصية، ج١، ص٧١٤.

[٣] انظر الفقرة(٢) من المادة (١٠٩) من قانون الشخصية السوري التي قررت "ان التفريق للغياب والسجن طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين وزوجته في العدة حق له مراجعتها".

إذا خفضت عقوبة السجين الباقية وعُفي عنه وخرج قبـــل تمـــام الثـــلاث سنوات فيستطيع إعادة زوجته إن كانت في العدة لان بخروجه رفعٌ للضرر عنها[1] فمن الأولى إذا خفِّضت العقوبة عن المدة المقرر فـــي القـــانون أن يراعى ويؤخذ بعين الاعتبار خاصة وان القانون الأردني قد جعل الطـــلاق بائناً.

سادساً: يرى الباحث أن تخفيض عقوبة الزوج لأقل من ثلاث سنوات يجعل حالـــه لا تنطبق على المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بصرف النظر عن تاريخي رفع الدعوى وتخفيض العقوبة.

---

(١) الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، ص٨٧.

المطلب الثالث: قياس حكم الأسير على السجين

سبق وان أشرنا في المطلب الأول من هذا المبحث إلى تعريف المسجون، فلا بد من تعريف الأسير.

الأسير اصطلاحاً: من وقع في يد العدو، فلم يستطع العودة إلى أهله، ولا الإفلات منهم. أو هو وقوع العدو المحارب حيا في يد عدوه أثناء القتال[1].

فالمسجون والأسير يشتركان في كونهما مقيدي الحرية، لا يستطيعان العودة إلى أهليهما، أو مكان اخر، كما انهما معلوما الحياة والمكان، ويختلفان في أن المسجون يمكن الكشف عن حاله، ويعلم مدة سجنه، ومتى سيخرج من سجنه، كما أن السجن غالبا ما يكون نتيجة ارتكاب جريمة ما، ويصدر بحقه حكم قضائي.

أما الأسير فيتعذر الكشف عن حاله كونه في يد العدو، غاليا ما يكون أسره لاشتراكه في جهاد العدو، كما انه ليس له أمد محدد يخلى سبيله فيه كالمسجون، ولا يصدر بحقه حكم قضائي.

وقد صدقت محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (٣٤٠٧٦) تاريخ ١٩٩٢/٣/١٤ حكم المحكمة الشرعية الابتدائية القاضي بتطليق زوجة لأسر زوجها لدى سلطات الاحتلال الصهيوني ومضي خمس سنوات على أسره في سجون الاحتلال حيث جاء في القرار :" **إن الحكم بتطليق المدعية على زوجها الداخل المدعى عليه طلقة واحدة بائنة للعقوبة المقيدة للحرية لأكثر من ثلاث سنوات وسجنه وأسره من عام ١٩٨٥ لدى سلطات الاحتلال الصهيوني ولمغيبه خمس سنوات في السجن وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم ١٩٩٢/١/١٦ بناء على الدعوى والبينة الخطية الرسمية والشخصية المستمعة المقنعة وعملا بالمواد المذكورة فيه صحيح وموافق للوجه الشرعي والأصول**

---

(١) قلعه جي: د.محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ص٤٧.

القانونية فتقرر تصديقه"[١] .

وكما هو واضح فقد قضت محكمة الاستئناف في الأسير بحكم السجين وللباحث وقفه مع هذا الاجتهاد من حيث الشكل والموضوع فأما من حيث الشكل فقد أطلقت المحكمة على اسر هذا الزوج لفظ عقوبة وطلقت عليه زوجته للعقوبة المقيدة للحرية، والعقوبة تكون لارتكاب جريمة ما يعاقب عليها القانون ، وتسمية اسر هذا الزوج من قبل الاحتلال الصهيوني لاشتراكه في مقاومته والتصدي له، واحتمال أذى هذا العدو وجبروته لا يمكن وصفه بأنه جريمة، ولا يمكن تسمية اسر هذا الزوج بالعقوبة منا نحن المسلمين.

أما من حيث الموضوع فان الباحث يرى بان الحق والصواب جانب محكمة الاستئناف في اجتهادها هذا لما يأتي:

أولاً: ان القانون قد اشترط للتفريق للسجن صدور حكم قضائي نهائي بحق المسجون، يقضي بسجنه ثلاث سنوات فاكثر، وهذا الأسير لم يصدر بحقه مثل هذا الحكم، إذ أن مضي خمس سنوات على هذا الزوج في سجون قوات الاحتلال الصهيوني ليس فيها ما يشير إلى أنها عقوبة قضائية ثابتة في حقه ، بل إن سلطات الاحتلال توقف المجاهدين توقيفاً تعسفياً، ولم يتحقق ما اشترطه القانون بحقه.

ثانياً: إن قياس الأسير على السجين هو قياس مع الفارق إذ كيف يسوى بين زوج سجن لارتكابه جريمة ما وبين زوج وقع ظلما في يد أعداء الله لمقاومته الاحتلال وجهاده ضد هذا العدو، وقد ذهب بعض الباحثين إلى وجوب التفريق بين من يسجن لسبب سياسي، أو عقائدي ومن يسجن لارتكابه جرماً من الجرائم.[٢]

ثالثاً: إن القانون قد سكت عن التفريق بين الأسير وزوجته، وبالتالي كان على المحكمة ان ترجع في حكم الأسير إلى الراجح من مذهب الحنفية حسب

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج٢، ص٣٢٨.

[٢] الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، ص٨٧.

نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

رابعاً: إن هذا الحكم مخالف لإجماع الأمة، حيث نقل ابن المنذر وغيره الإجماع على إن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته[1] .

خامساً: إن قياس حكم الأسير على الغائب هو أيضا قياس مع الفارق، إذ ان من شروط التفريق للغياب أن لا يكون للزوج الغائب معذرة مشروعة في غيابه ومحكمة الاستئناف قررت في اجتهادها أن السجن يعتبر معذرة للغياب، وما ينطبق على المسجون في هذا الأمر ينطبق على الأسير إذ انهما معذورين في غيابهما[2].

---

(١) ابن المنذر: الإجماع، ص١٠٨. أبو حبيب: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج١، ص١٠٤.

(٢) انظر صفحة (٥٩).

المطلب الرابع: مفهوم التفريق للجنون

أولا: الجنون لغة: جن الشيء يجنه جنا: ستره[1] .

ثانيا: الجنون اصطلاحا: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقلاء إلا نادرا[2] ويمكن تعريفه بأنه اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بان لا يظهر أثرها ويتعطل أفعالها[3] .

إذا وجد أحد الزوجين الأخر مصابا بالجنون قبل العقد فهل يثبت له الخيار[4] بذلك، على اعتبار انه عيب يخل بالمقصود من عقد الزواج؟.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

الأول : ذهب جمهور الحنفية إلى انه لا يثبت الخيار لأحد الزوجين إذا وجد صاحبه مجنونا[5] .

الثاني: ذهب محمد[6] من الحنفية[1] إلى أن الخيار يثبت للزوجة إذا وجدت الزوج

---

(1) ابن سيده: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق د.عبدالحميد هنداوي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، باب الجيم والنون، ج٧، ص٢١١.

(2) البخاري: عبدالله بن مسعود المجبوبي البخاري الحنفي، المعروف بصدر الشريعة، التنقيح مع شرحه المسمى بالتوضيح، منشور مع شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، خرج اياته وأحاديثه الشيخ زكريا العميرات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ج٢، ص٣٣٨.

(3) التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج٢، ص٣٤٨.

(4) الخيار: هو حق فسخ العقد لأحد المتعاقدين بسبب العيب. انظر فتاوي قاضيخان، ج١، ص٤١٣.

(5) الفتاوى الهندية، ج١، ص٥٢٦. فتاوي قاضيخان، ج١، ص٤١٣. السمرقندي: علاء الدين محمد تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م، ج١، ص١٣٠. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٣٢٧. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(6) محمد: محمد بن الحسن بن واقد أبو عبدالله الشيباني، صاحب أبي حنيفة واخذ الفقه عنه، فقيه ولغوي له تصانيف منها: المبسوط والجامع الصغير والسير الكبير وغيرها. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص١٦٣.

مصابا بالجنون قبل العقد، ولا يثبت للزوج لأنه يملك إيقاع الطلاق على زوجته.

الثالث: ذهب جمهور الفقهاء المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أن الخيار يثبت للزوج والزوجة إذا وجد أحدهما صاحبه مصابا بالجنون قبل العقد.

طروء الجنون على أحد الزوجين:

أما إذا حدث الجنون لأحد الزوجين بعد العقد هل يثبت الخيار لأحدهما بذلك؟ اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب المالكية في المعتمد عندهم إلى ثبوت الخيار للزوجة وأنها ترد الزوج بالجنون الحادث بعد العقد ولا يثبت الخيار للزوج بجنون الزوجة بعد العقد[٥] .

وذهب الشافعية إلى انه إذا حصل جنون للزوجة بعد العقد فللزوج الفسخ على الجديد الأظهر، وان جن الزوج فلزوجة الفسخ قبل الدخول وبعده وان للأولياء الحق بالفسخ وان رضيت المرأة[٦] وذهب الحنابلة إلى ان العيب الحادث بعد العقد فيه وجهان: أحدهما : لا يثبت به الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد. والثاني: انه يثبت به الخيار وهو ظاهر قول الخرقي[٧] .

---

(١) الفتاوى الهندية، ج١، ص٥٢٦. فتاوي قاضيخان، ج١، ص٤١٣. السمرقندي: علاء الدين محمد تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م، ج١، ص١٣٠. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٣٢٧. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(٢) المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٩. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦ و١٠٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٠٦.

(٣) النووي: روضة الطالبين، ج٧، ص٥١١-٥١٤. الحصني: تقي الدين أبو بكر محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، بيروت-لبنان، ط٢ مزيدة ومنقحه، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٤٣٨.

(٤) ابن قدامه: المغني، ج١٠،ص٥٨. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠١و١٠٢. البهوتي: منصور بن إدريس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، د.ط، دس، ج٣، ص٩٦.

(٥) الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص١٩٦. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٠٧.

(٦) النووي: روضة الطالبين، ج٧، ص٥١٤.

(٧) ابن قدامه: المغني، ج١٠،ص٦٠و٦١.

وذهب الإمام محمد من الحنفية[١] والمالكية[٢] إلى ان التفريق للجنون يؤجل سنة من يوم الحكم بثبوت الجنون، فان لم يشف من الجنون، فرق القاضي بينهما، كما انهم قالوا بان التفريق للجنون فرقة بطلاق بائن[٣].

وقد ذهب الشافعية[٤] والحنابلة [٥] إلى أن الفرقة الحاصلة بين الزوجين للجنون هي فرقة فسخ ولم يتعرضا إلى تأجيل الفسخ للجنون أملا بالشفاء.

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

عالج قانون الأحوال الشخصية موضوع التفريق للجنون في المادة (١٢٠) منه والتي تنص على "إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة، وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق".

ونلاحظ على القانون الملاحظات التالية:

١. ان القانون أعطى الخيار للزوجة بالجنون الطارئ الحادث بعد عقد النكاح ولم يتعرض لإعطاء الخيار للزوج بجنون الزوجة بعد العقد.
٢. لم يتعرض القانون لإعطاء الخيار لأي من الزوجين بالجنون القديم المصاب به أحدهما قبل العقد.
٣. أوجب على القاضي تأجيل التفريق بعد ثبوت جنون الزوج بعد العقد مدة سنة، فإذا لم يزل الجنون خلال هذه المدة يحكم القاضي بالتفريق بناء على طلب الزوجة.
٤. لم يبين نوع الفرقة للجنون إن كانت طلاقاً أو فسخاً.
٥. لم يتعرض القانون لاشتراط تضرر الزوجة من جنون زوجها.

---

(١) الفتاوي الهندية، ج١، ص٥٢٦.

(٢) الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص١٩٦. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٨. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٠٨. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٩.

(٣) أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص٤٢٠. عبدالحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص٢٩٩.

(٤) النووي: روضة الطالبين، ج٧، ص٥١١.

(٥) البهوتي: الروض المربع: ج٣، ص٩٦.

وعليه فقد اخذ القانون برأي الإمام محمد من الحنفية والمالكية في وجوب التأجيل وبرأي المالكية بخصوص إعطاء الخيار للزوجة بالجنون الحادث بعد العقد.

المطلب الخامس: عته الزوج دون جنونه

قبل الخوض في هذه المسألة فلا بد من تعريف المعتوه حيث سبق وان عرفنا المجنون.

فالعته لغة: عُته الرجل عُتها وعتاهاً وعتاهه، نقص عقله من غير جنون[1]

العته اصطلاحاً: اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين[2].

ويمكن تعريفه بأنه آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين[3] .

إذا أصيب الزوج بعد العقد بالعته دون الجنون، فهل لزوجته أن تطلب التفريق لهذا السبب، على اعتبار أن الجنون والعته يؤثران على الإدراك، وبالتالي على أهلية الإنسان وان كلاهما يوجب الحجر خاصة وان بعض الفقهاء يعتبر العتة قسيما للجنون وان الجنون يصاحبه هياج واضطراب، ولا يكون المجنون مميزا إلا في لمحات عارضه، وأما المعتوه فيصاحبه عادة هدوء وخمول وقد يكون معه تمييز وقد لا يكون، في حين يرى البعض الأخر أن العته حالة من حالات الجنون، وان المجنون جنونا غير مطبق في حالة استفاقته في حكم المعتوه، ما دام لم يشف من الجنون.

وبما أن القانون أعطى الزوجة الحق في التفريق لجنون زوجها بعد العقد، فهل لها أن تطلب التفريق إذا أصيب زوجها بالعته بعد العقد، وهل يقاس المعتوه على المجنون لاشتراكهما في قصور إدراكهما وحصول الضرر للزوجة

---

(1) ابن عباد: الصاحب إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، باب العين والهاء والتاء مادة عته،ج١، ص١١٢. ابن سيده: المحكم والمحيط الأعظم، باب العين والهاء والتاء، ج١، ص١٢٢.

(2) البخاري: التنقيح مع شرحه المسمى بالتوضيح، ج٢، ص٣٥٢.

(3) شلبي: محمد مصطفى، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي وقواعد الملكية، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص٥٠٣.

بالاستمرار مع المعتوه كالمجنون؟.

لم اقف على رأي فقهي في هذه المسألة – في حدود اطلاعي- وقد تعرضت لهذه المسألة محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (١٢٥٥٨) تاريخ ١٩٦٣/١١/٢٨ والذي جاء فيه:

"١.أقيمت الدعوى على أساس أن الزوج مجنون.

٢. حين سئل والد الزوج قال: انه مريض وليس بمجنون.

٣. كان على المحكمة أن تستحضر الزوج وتشاهده للتحقق من حاله.

٤.مع هذا كان على المحكمة عندما أنكر والده أن تكلف المدعية إثبات دعواها الجنون بالطرق المعتبرة شرعاً.

٥. لم يصرح الطبيب في تقريره وشهادته أن الزوج مجنون، بل ذكر "انه في حالة عقلية غير طبيعية وانه معتوه" وفرق بين المجنون والمعتوه في الأحكام كما ذكرت ذلك المادتان (٩٧٩،٩٧٨) من المجلة والمادة (٨٧)[١] من قانون حقوق العائلة، إنما أجازت التفريق في حال الجنون، لذلك كان الحكم بالإمهال غير صحيح وسابق لأوانه فتقرر فسخه وإعادته لإجراء الإيجاب"[٢] .

ومن القرار يتبين أن محكمة الاستئناف قررت بأنه لا يجوز الحكم بالإمهال لعته الزوج، وبالتالي لا يجوز التفريق للعته وذلك لاختلاف أحكام المجنون عن أحكام المعتوه مستندة في ذلك إلى المادة (٩٧٨) من المجلة والتي نصت على " المعتوه هو في حكم الصغير المميز" والمادة (٩٧٩) والتي نصت على " المجنون هو في حكم الصغير غير المميز"[٣] وعلى نص المادة (٨٧) من قانون حقوق العائلة والتي تقابلها المادة (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية والتي أعطت الخيار للزوجة في حال الجنون فقط.

ومن استعراض أراء الفقهاء القائلين بجواز التفريق للجنون نجد انهم قد

---

(١) يقابلها المادة (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية، انظر: عمرو: القرارات القضائية،ص٦٩.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣٧-٣٣٨. عمرو: القرارات القضائية، ص٩٦.

(٣) باز: سليم رستم، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د٣، مصححة ومنقحة، ج١، ص٥٤٨.

أعطوا هذا الحق لأحد الزوجين أو كليهما بجنون الأخر، ولم يصرح أي منهم بإعطاء هذا الحق لأحد الزوجين بعته الأخر.

وقد سبقت المحاكم المصرية محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في هذا الاجتهاد، حيث تقرر في القضية رقم (٤١) لسنة ١٩٢٤ لدى محكمة امبابه جلسة ١٩٢٥/١/١ والمنشور في مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة (٢٠٥) إن العته لا يدخل في عداد العيوب التي يفرق بسببها بين الزوجين، معللة قرارها بأن المعتوه هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة[1].

وعليه فان الباحث يرى بان اجتهاد المحكمة هذا موافق للصواب.

---

[1] الجندي: مبادئ القضاء الشرعي، ج١، ص٢٩٤.

المطلب السادس: دعوى التفريق لجنون الزوجة

إذا أصيبت الزوجة بالجنون بعد عقد الزواج، فهل لزوجها طلب التفريق عنها لجنونها؟.

سبق وان بينا أراء الفقهاء في هذه المسألة في المطلب الثاني من هذا المبحث[1]، كما أشرنا إلى أن قانون الأحوال الشخصية أعطى الزوجة الخيار في التفريق لجنون زوجها الحادث بعد العقد ولم يتعرض لإعطاء الزوج الخيار لجنون زوجته، وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة في قرارها رقم (٢٩٦٦٥) تاريخ ١٩٨٩/١/٧ والذي جاء فيه:

"١. ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني في مواده ثلاث حالات من حالات التفريق للعيوب، الأولى : العيوب المانعة من الدخول، وهي العيوب الجنسية سواء كانت بالرجل أو بالمرأة. الثانية: الأمراض المنفرة، وهي الأمراض الجسمية في أي منهما. الثالثة: الجنون في الزوج، وهو مرض عقلي يختلف كليا عن الأمراض السابقة ، قد افرد له القانون المذكور المادة (١٢٠) منه، ولو كان الجنون داخلا في الأمراض المنفرة لكان أفراده بحكم خاص ضربا من العبث، والتكرار بغير موجب.

٢.لم ينص القانون سالف الذكر على إعطاء الزوج حق التفريق لجنون زوجته، ولم يتعرض له بشيء وانما يفهم من نص المادة (١٢٠) "إذا جُن الزوج" أن هذا الحق للزوجة فقط، وهو مذهب الإمام محمد بن الحسن من الحنفية انظر (الابياني ج١ ص٤١٦) وفتح القدير ج٤ ص١٣٤ وحاشية ابن عابدين ج٢ ص٥٩٢ وغيرها من الكتب الفقهية المعتبرة.

٣.ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة كما نصت عليه المادة (١٨٣) منه، وقد اجمع أئمة المذهب الحنفي على انه لا خيار للزوج بطلب فسخ النكاح بينه وبين زوجته لوجود أي عيب فيها لان

---

[1] انظر صفحة (١٢٨).

الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق وبالزواج من غيرها، وفقا لما تضمنته النصوص الفقهية وما جاء في المادتين (١٦و٢٩٨) من الإحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا وشرحها للابياني، انظر القرار الاستئنافي (١٥٩١٨)، لهذه فان هذه المحكمة تقرر أن دعوى التفريق من الزوج لجنون الزوجة غير مسموعة ابتداءً[١].

فقرار المحكمة رد الدعوى وأنها غير مسموعة اعتمدت في ذلك على ان القانون قد افرد للتفريق للجنون مادة مستقلة ولو كان الجنون يدخل في العيوب المنفرة، لما افرد له القانون مادة خاصة مستقلة، كما اعتمدت على إجماع رأي المذهب الحنفي بعدم إعطاء الزوج الخيار في فسخ عقد الزواج لوجود عيب في زوجته لقدرته في رفع الضرر عن نفسه بطلاقها أو بالزواج من غيرها، واستدلت بالنصوص الفقهية التي أشارت إليها وبالمادتين (١٦و٢٩٨) من الإحكام الشرعية لمحمد قدري باشا وشرحها للابياني والتي جمعيها تبين رأي الحنفية في إعطاء الخيار للزوجة ببعض العيوب بالزوج، ولا تعطي الزوج الخيار بأي عيب في الزوجة، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية بهذه المسألة ويرى الباحث ان هذا الاجتهاد صحيح وموافق للقانون.

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣٩-٣٤٠. عمرو: القرارات القضائية، ص٩٣.

المطلب السابع: مفهوم التفريق لإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام

أولاً: الإباء لغة: الإباء بالكسر مصدر أبى ، نقول: أبى فلان ، يأبى أي امتنع[1]

ثانياً: مفهوم التفريق للإباء عن دخول الإسلام

إذا اسلم أحد الزوجين الكافرين، سواء كان المسلم الزوج أو الزوجة، وبقي الأخر منهما على الكفر، فهل يقران على النكاح؟.

هذه المسألة لها عدة صور:

١. فقد يسلم الزوجان معاً.

٢. قد تسلم الزوجة وحدها ويبقى زوجها على الكفر.

٣. قد يسلم الزوج وزوجته كتابية.

٤. قد يسلم الزوج والزوجة كافرة غير كتابية.

٥. قد يكون إسلام أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده.

فهل يقر الزوجان على النكاح؟ وان كانا لا يقران فهل تقع الفرقة بينهما في الحال؟ ام ينتظر انقضاء عدة الزوجة، أو مدة معينة، وهل يحتاج إلى عرض الإسلام على الكافر منهما، وهل حكم الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها سواء أم أن أحكامهما مختلفة؟.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على بعض المسائل واختلفوا في أحكام بعضها:

أولاً: اتفق الفقهاء على انه إذا اسلم الزوجان معا، وكانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال فانهما يقران على النكاح سواء كان إسلامهما قبل الدخول أو بعده[2].

---

[1] الفيروزابادي: القاموس المحيط، ج٤، ص٢٩٦، باب الواو والها فصل الهمزه.

[2] العدوي: حاشية العدوي على الخرشي، ج٤، ص٢٤٧. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٠. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٧. عليوي: ابن خليفة، موسوعة فتاوي النبي ﷺ ودلائلها الصحيحة من السنة الشريفة وشرحها المسمى المنتقى في بيان فتاوى المصطفى ﷺ، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١،

ثانياً: اتفقوا على انه إذا اسلم الزوجان معا، كانت الزوجة محرمة على الزوج حرمة مؤبدة ، كما لو كانت أخته نسبا أو رضاعا، فانه يفرق بينهما ولا يقر النكاح بينهما.(١)

ثالثاً: اتفقوا على انه إذا اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية وبقيت على دينها فانه يقر النكاح بينهما من غير عرض الإسلام عليها، لجواز ابتداء النكاح بينهما(٢) .

واختلفوا فيما إذا اسلم الزوج وكانت زوجته كافرة غير كتابية، أو أسلمت الزوجة وزوجها كافر كتابي أو غير كتابي.

أولا: ذهب الحنفية إلى انه إذا اسلم أحد الزوجين في مثل هذه الحالة عرض الإسلام على الكافر منهما فان اسلم اقر النكاح بينهما، وإذا صرح الكافر منهما بالإباء بالدخول في الإسلام فرق القاضي بينهما في الحال، فان سكت كرر القاضي العرض عليه ثلاثا احتياطا، فان لم يسلم فرق بينهما، ولا تقع الفرقة بمجرد الإباء عن الدخول في الإسلام ، بل تحتاج إلى قضاء القاضي لأنه مُجتهَدٌ فيها، والفرقة بإباء الزوج عن الدخول في الإسلام هي فرقة طلاق بائن عند جمهور الحنفية خلافا لأبي يوسف الذي يرى أنها فرقة فسخ. وأما إن وقعت بسبب إباء الزوجة الدخول في الإسلام فهي فرقة فسخ باتفاق الحنفية، وهذا كله إن كانا في دار الإسلام (٣) .

١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ج١، ص٢٠٥.

(١) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٣٢٣. القرافي: شهاب الدين احمد بن ادريس، الذخيرة، تحقيق د.محمد صبحي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٤م، ج٤، ص٤٨٢. العدوي: حاشية العدوي، ج٤، ص٢٤٧. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٢. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٥.

(٢) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٢٢٩. الزيلعي: تبيين الحقائق، ج٣، ص٢٢٩. الإمام مالك: المدونة، ج٢ ص٢١٣. القرافي: الذخيرة، ج٤، ص٣٢٦. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٢٤٤. الماوردي: الحاوي الكبير، ج٩، ص٢٥٨ النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٠.. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٢٠. ابن قدامه: المغني، ج١٠،ص٥، المقدسي: بهاء الدين عبدالرحمن بن ابراهيم، العدة شرح العمدة، اعتنى بها خالد محمد محرم، مكتبة العبيكان، المكتبة العصرية، صيداء، بيروت، جديدة ومنقحة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص٣٧٧.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٢٢٦-٢٢٧. الزيلعي: تبين الحقائق، ج٣، ص٦١٤-٦١٥.

أما ان كانا في دار الحرب أو أحدهما، فلا يعرض الإسلام على الكافر منهما لعدم الولاية، ولا تبين الزوجة حتى تحيض ثلاثاً، فان حاضت ثلاثاً ولم يسلم الكافر منهما وقعت البينونة بينهما، والمدخول بها وغير المدخول بها سواء في ذلك لان انقضاء المدة بدلا عن العرض لعدم الولاية عليهما، ولا عدة على الزوجة وان كانت بعد الدخول عند الإمام أبي حنيفة، وعليها العدة الشرعية عند الصاحبين[١].

ثانياً: ذهب المالكية إلى انه إذا كان المسلم الزوج، وكانت الزوجة كافرة غير كتابية، وكان الإسلام بعد الدخول، فانه يعرض الإسلام على الزوجة، فان أسلمت اقر النكاح بينهما، وان أبت الإسلام وقعت الفرقة بينهما. فإن لم يعرض عليها الإسلام بأن غُفِل عنها فان أسلمت في وقت قريب كشهر ونحوه بقي الزواج بينهما، وإلا وقعت الفرقة بينهما، وأما إن كان إسلام الزوج قبل الدخول فإنها لا تبقى زوجته، إلا أن تسلم في وقت قريب جدا وروي في ذلك عن ابن القاسم[٢] اليومين والثلاثة.

وأما إذا كانت المسلمة هي الزوجة، وكان مدخولا بها، فلا يعرض الإسلام على زوجها الكافر، فان اسلم في عدتها اقر النكاح بينهما، فإذا انقضت عدتها ولم يسلم فرق بينهما[٣] .

أما إذا أسلمت قبل الدخول فأنها تبين من زوجها الكافر في الحال.[٤]

والفرقة عند المالكية بإباء أحد الزوجين الدخول في الإسلام فرقة فسخ من غير تفريق بين من أبى الإسلام من الزوجين[٥].

---

(١) ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٢٢٨. الزيلعي: تبين الحقائق، ج٣، ص٦١٧-٦١٨.

(٢) ابن القاسم: أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم، اثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله، ولد ١٣٣هـ وتوفي ١٩١م. انظر: مخلوف شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص٥٨.

(٣) القرافي: الذخيرة، ج٤، ص٢٤٥.. العدوي: حاشية العدوي على الخرَشي، ج٤، ص٢٤٥، الخرَشي: حاشية الخرَشي، ج٤، ص٢٤٥.

(٤) القرافي: الذخيرة، ج٤، ص٣٢٨. العدوي: حاشية العدوي، ج٤، ص٢٤٦.

(٥) الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص٢١٢، العدوي، حاشية العدوي، ج٤، ص٢٤٨.

ثالثاً: ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى انه إذا اسلم أحدُ الزوجين الكافرين قبل الأخر وكان إسلامه قبل الدخول، وقعت الفرقة بينهما في الحال من وقت إسلام أحدهما.

أما إذا اسلم أحد الزوجين الكافرين بعد الدخول فذهب الشافعية [3] واحمد في رواية[4] إلى انه إذا دخل الكافر منهما في الإسلام قبل انقضاء العدة استمر النكاح بينهما فإذا انقضت العدة دون إسلام الكافر منهما وقعت الفرقة بينهما من وقت إسلام المسلم منهما، والرواية الأخرى عن احمد ان الفرقة في هذه الحالة تقع بين الزوجين من وقت إسلام المسلم منهما.[5]

والفرقة الواقعة بين الزوجين بدخول أحدهما في الإسلام وبقاء الأخر على دين الكفر هي فرقة فسخ[6] كما قال المالكية .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني.

لم يعالج قانون الأحوال الشخصية الأردني موضوع التفريق بين الزوجين لإباء أحدهما الدخول في الإسلام .

وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذا الموضوع في عددٍ من قراراتها منها القرار رقم (١١٤٨٢) تاريخ ١٩٦١/٥/٣[7] والقرار رقم (٢٠٥٣٦) تاريخ ١٩٧٩/٢/١٣[8] والقرار رقم (٣٧٠٢٥) تاريخ ١٩٩٤/٤/٦[9]

---

(١) الماوردي: الحاوي، ج٩، ص٢٥٨. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٢٠.

(٢) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٦. المقدسي: العدة شرح العمده، ص٣٧٧.

(٣) الماوردي: الحاوي، ج٩، ص٢٥٨. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٢٠.

(٤) ابن قدامه، المغني، ج١٠، ص٨. المقدسي: العدة شرح العمدة، ص٣٧٧.

(٥) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٨.

(٦) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٤٨٨. المقدسي: العدة شرح العمدة، ص٣٧٨.

(٧) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٤٤-٣٤٥.

(٨) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٤٥.

(٩) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٤٥-٣٤٦.

الذي جاء فيه:"إن المدعية والمدعى عليه كانا نصرانيين، فأسلمت المدعية، وبقي المدعى عليه نصرانياً، وأبى الدخول في الإسلام رغم عرض الإسلام عليه من قبل المحكمة الابتدائية وإمهاله لذلك، وعليه فقد كان حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق بين المدعية وزوجها الداخل بها المدعى عليه المذكورين بطلقة بائنة، وان عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم بناء على الدعوى والطلب والإقرار وإباء الزوج الدخول في الإسلام، وسنداً للمواد المذكورة فيه صحيحاً موافقا للوجه الشرعي". والقرار رقم(٤٥٢٧٠) تاريخ ١٩٩٨/٧/٣٠[١] وجميع هذه القرارات صدرت عن المحكمة بخصوص دعوى دخلت الزوجة فيها الإسلام بعد ان كانت نصرانية الديانة ومتزوجة من رجل نصراني الديانة؟، وبعد رفع الدعوى عرض على الزوج الدخول في الإسلام وأمهل لهذه الغاية، إلا انه أبى الدخول في الإسلام، وتم الحكم بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة لإباء الزوج الدخول في الإسلام وقد طبقت فيها المحكمة الراجح من مذهب الحنفية وفق نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية وكان اجتهادها في رأي الباحث موافقاً لما قرره الحنفية. لما يأتي:

١. إن الزوجة دخلت في الإسلام بعد أن كانت نصرانية الديانة ومتزوجة من زوجٍ نصراني.
٢. إن المحكمة عرضت على زوجها النصراني الدخول في الإسلام.
٣. إن الزوج صرّح بأنه لا يقبل بترك دينه وانه يرفض الدخول في الإسلام.
٤. إن المحكمة حكمت بالتفريق بينهما بطلقة واحدة بائنة لإباء الزوج الدخول في الإسلام.

هذه الخطوات والإجراءات هي ذاتها التي قررها الحنفية في الراجح عندهم[٢]

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٤٧.

[٢] ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٢٢٦-٢٢٧. الزيلعي: تبين الحقائق، ج٣، ص٢٦٤-٢٦٥.

الفصل الثاني

الاجتهاد الصادر في دعاوى طلب التفريق بالفسخ

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعيب.

المبحث الثاني: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للشرط.

المبحث الثالث: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل.

المبحث الرابع: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للرضاع المحرِّم.

المبحث الخامس: الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للصغر.

المبحث الأول
الاجتهاد الصادر في دعاوى
فسخ عقد الزواج للعيب

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم العيوب الموجبة للفسخ.

المطلب الثاني: بين الإمهال وعدمه.

المطلب الثالث: ادعاء الزوج الوصول إلى زوجته.

المطلب الرابع: العدة من الخلوة الفاسدة بعد العقد الصحيح.

المطلب الخامس: طلب التفريق للعلة الطارئة.

المطلب الأول : مفهوم العيوب الموجبة للفسخ

وفيه فرعان:

الفرع الأول: العيب لغة: عاب الشيء عيباً، صار ذا عيب، فهو عائب والمفعول معيب ومعيوب وعيّاب كثير العيب للناس والعيب الوصمة وعيّبه جعله ذا عيب ونسبه إلى العيب[1]

الفرع الثاني: العيب في اصطلاح الأحوال الشخصية: نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[2]

تمهيد:

إذا وجد أحدُ الزوجين الآخر مصاباً بآفة تمنع المعاشرة الزوجية بينهما، أو وجده مصابا بمرض أو علة منفرة، لا يمكن الإقامة معها إلا بضرر، سواء كانت هذه العلة جنسية تمنع المعاشرة بين الزوجين أو جسدية تنفر الزوج الأخر منها، وتؤثر على مقاصد الزواج، ولا تتحقق معها المودة والرحمة، والطمأنينة والسكن بينهما، وتصيب الطرف الأخر بالضرر، سواء كان ضرر ماديا، بان يصاب هذا الطرف بهذا المرض، أو يصاب به نسله، أو يمنع التناسل بينهما، أو ضررا معنويا، بان تعاف نفس الإنسان من المصاب بهذه العلة، ولا يمكن الإقامة معه، ومعاشرته.

فهل يجوز لأحد الزوجين طلب التفريق إذا وجد صاحبه مبتلى بعلة من هذه العلل؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول : منع التفريق بين الزوجين؛ لإصابة الأخر بعلة من العلل، سواء كانت هذه العلة مانعة من الوطء والمعاشرة الزوجية، أو كانت علة منفرة لا يمكن الإقامة إلا بضرر، وسواء أكان المصاب بهذه العلة

---

(1) الفيروز ابادي: القاموس المحيط، ج1، ص109، فصل العين باب الباء. المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، اخرجه ابراهيم مصطفى واخرون، دط، د.ت، المكتبة العلمية، طهران، ج2، ص645.

(2) عبدالتواب: موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ص378.

الزوج أم الزوجية، واصحاب هذا الرأي هم أهل الظاهر[١] وايدهم الشوكاني[٢].

الرأي الثاني: وذهب إلى جواز التفريق بين الزوجين؛ لإصابة أحدهما بعلة من العلل وبه قال جمهور الفقهاء.

واختلفوا في ثبوت هذا الحق، هل يثبت لكلا الزوجين، إثم انه يثبت للزوجة دون الزوج؟.

أ- اتفق الحنفية[٣] على ان الزوجة إذا وجدت زوجها عنّينا[٤] أو مجبوباً[٥] فانه يثبت لها حق طلب التفريق للعيب، وأما الخصي فان لم يصل لزوجته فحكمه حكم العنين، فان وصل إليها فلا حق لها في طلب التفريق.

وذهب محمد بن الحسن إلى انه يثبت الخيار للزوجة بكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر[٦]، فيثبت بالجنون[٧] والجذام[٨] والبرص[٩].

ونلاحظ أن الحنفية قد اقتصروا على العيوب المانعة من الدخول في جواز

---

(١) ابن حزم: المحلى، ج٩، ص٢٠٢، ص٢٧٩.

(٢) الشوكاني: نيل الاوطار، ج٦، ص٢٩٩. الشوكاني: محمد بن علي ولد ١١٧٣هـ، فقيه ومجتهد، له مصنفات منها: السيل الجرار. انظر: الزركلي: الاعلام، ج٦، ص٢٥٨.

(٣) الميرغيناني: الهداية، ج...، ص٢٧٤. الموصلي: الاختيار، ج٣،ص١١٥.

(٤) العنّين: العاجز عن الوطء، وعند المالكية يسمى المعترض، والعنين عند المالكية، صغير الذكر الذي لا يتأتى الجماع به، ويطلق العنّين على المعترض. انظر: المواق: التاج والإكليل، ج٥،ص١٧٤. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٠. ابن مفلح : المبدع، ج٧، ص١٠٢.

(٥) المجبوب: مقطوع الذكر، وعند المالكية الذكر مع الانثيين، انظر: الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٠. ابن قدامه: المغني، ج١٠،ص٥٨. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠١.

(٦) الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٢١.

(٧) الجنون: ذهاب العقل لآفة وجريان التصرف القولية والفعلية على غير نهج العقلاء. انظر: قلعه جي: معجم لغة الفقهاء، ص١٤٧.

(٨) الجذام: علة صعبة يحمّر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر. انظر: الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٣.

(٩) هو بياض شديد يبقّع الجلد ثم يذهب دمويته. انظر: الشربيني: مغني المحتاج،ج٤، ص٣٤٠.

التفريق إلا ما ذكرنا عن محمد رحمه الله انه قد عداها إلى الجنون والجذام والبرص وعدها من العيوب المجيزة للتفريق.

ب- وقد ذهب جمهور الفقهاء، المالكية، والشافعية، والحنابلة، بثبوت الخيار لكلا الزوجين إذا وجد صاحبه مصاباً بعلة تمتنع المعاشرة الزوجية أو بمرض منفر لا يمكن الإقامة معه إلا بضرر، واختلفوا في العيوب المثبتة للخيار إلا انهم اتفقوا على بعضها فذهبوا إلى أن العيوب المشتركة بين الزوجين المجيزة للتفريق هي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الجماع، واختلفوا في العيوب الخاصة بكلا الزوجين على ثلاثة أقوال:

الأول: ذهب المالكية إلى أن العيوب الخاصة بالرجل هي الجب والخصاء[(١)] والاعتراض[(٢)] والعنّة وأما ما يختص بالمرأة فهو القرن[(٣)] والرتق[(٤)] والعَفَل[(٥)] والإفضاء[(٦)] والبخر[(٧)]، ومن العيوب المشتركة العضذيطه[(٨)] في قول اللخمي.[(٩)]

---

(١) الخصاء: هو مقطوع الانثيين. انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٧.

(٢) الاعتراض: هو غير القادر على الجماع لعدم انتشار الذكر. انظر: الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٧. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦.

(٣) القرن: انسداد محل الجماع بعظم وقيل بلحم. انظر: الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٨. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٠.

(٤) الرتق: انسداد محل الجماع بلحم، وقيل التصاق محل الجماع والتحامه. انظر: الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٨. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٠. ابن قدامه: المغني: ج١٠، ص٥٧.

(٥) العفل: لحم يبرز في قبل المرأة، وقيل رغوة في الفرج عند الجماع. الدردير: الشرح الكبير: ج٣، ص١٠٦. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٥٧.

(٦) الافضاء: اختلاط مسلك الذكر والبول ويسمى عند الحنابلة الفتق. انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٨. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٦.

(٧) البخر: نتن الفم وقيل نتن الفرج. انظر: الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦. المرداوي: الانصاف، ج٨، ص١٩٧.

(٨) العضذيطه: التغوط عند الجماع. انظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٠. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٤.

(٩) ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار وعلماء الاقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي، دار قتيبه، دمشق- بيروت، ودار الوعي، حلب- القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، تحقيق د.عبدالمعطي امين قلهعجي، ج٢٨، ص٦٩. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٤-١٤٥. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٣-١٠٤. الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٧-١٤٨.

الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الجُبَّ إذا لم يبق منه ما يمكن الجماع به فانه يجوز للزوجة طلب التفريق ولا يثبت الخيار بغير هذه العيوب في المشهور عند الشافعية وزاد الحنابلة العفل، وهو المذهب[1] واشترط الشافعية الاستحكام في البرص والجذام لثبوت الخيار بهما[2].

الثالث: توسع ابن القيم[3] -رحمه الله- في إثبات الحق لكلا الزوجين في طلب التفريق للعيب فذهب إلى أن كل عيب ينفر الزوج الأخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار للأخر[4].

شروط ثبوت الخيار:

اشترط الفقهاء لثبوت الخيار لوجود العيب شرطين هما:

١.ان لا يعلم الزوج الأخر بالعيب قبل عقد الزواج، فإذا علم به فلا خيار له،[5]واستثنى الشافعية من ذلك امرأة العنين إذا علمت بعنة زوجها قبل العقد وقالوا بثبوت الخيار لها رغم علمها، لان العنة تحصل مع امرأة دون

اللخمي: أبو الحسن: علي بن محمد الربعي، توفي ٤٧٨هـ، إمام حافظ عالم، رئيس الفقهاء في وقته، له مصنفات منها: تعليق على المدونة سماه التبصرة، مشهور ومعتمد في المذهب. مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص١١٧.

(1) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٥٧-٥٩. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٢. المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٩٤.

(2) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص١٣٣. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٠.

(3) ابن القيم: عبدالله محمد بن ابي بكر بن أيوب الزرعي، الشهير بابن القيم الجوزية، توفي ٧٥١هـ، مفسر ونحوي، وأصولي، فقيه ومجتهد. له مصنفات منها: زاد المعاد في هدي خير العباد. انظر: ابن العمادي، شذرات الذهب، ج٦،ص٢١٨.

(4) ابن القيم: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مكتبة المنار الإسلامية، ط١، ١٣٣٩هـ-١٩٧٩م، تحقيق سعيد الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج٥، ص١٨٣.

(5) السغدي: أبو الحسين علي بن الحسين بن محمد، النتف في الفتاوي، مطبعة الإرشاد، دط، بغداد، ١٩٧٥، تحقيق: د.صلاح الدين الناهي، ج١، ص٣٠٢. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٣. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٤. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٦. الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤١. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٦٤. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٩.

أخرى[١]. إلا إذا تزوجها بعد أن يطلقها فليس لها خق الفسخ لأنها رضيت بـــه بعنته[٢].

٢.أن لا يرضى صاحب الخيار بعيب صاحبه بعد الاطلاع عليـــه ســواء أكـــان رضى صريحا أم ضمنا بان يتلذذ بها أو يطأها عالما بعيبها، أو تمكنــــه مـــن نفسها بعد علمها بعيبه[٣].

حدوث العيب بعد العقد:

إذا حدث بأحد الزوجين عيب من العيوب المبيحة للتفريق بعد عقد الـــزواج، فهل للزوج الأخر الحق في طلب التفريق للعيب الحادث؟.

اختلف الفقهاء في ذلك حيث لم يتطرق الحنفية لموضوع العيب الحادث حيث انهم أثبتوا حق التفريق للزوجة دون الزوج، وذلك بسبب العنة أو الجب، وكلاهمـــا عيوب لا يمكن الاطلاع عليها إلا بعد التمكين وإذا وطء الزوج زوجته فقد ســـقط حقها في طلب التفريق وبالتالي حدوث هذه العيوب بعد العقد وقبل الدخول لا يمكن للزوجة الاطلاع عليه وإذا حصل التمكين فان تمكن من وطئها سقط حقـــها كمـــا أسلفنا وان لم يتمكن ثبت لها هذا الحق سواء كان ذلك العيب قبل العقد عليـــها أو بعده[٤].

وذهب المالكية إلى ان العيب إذا حدث بالمرأة بعد العقد فلا خيار للزوج[٥]، ما عدا الجنون فانه يثبت لهما الخيار به وان حدث بعد العقد وفي قول أخـــر انـــه يثبت الخيار قبل البناء للزوجة، وان كان بعد البناء بها فلا يثبت به الخيار، وفـــي قول أخر لا يرد بالجنون الحادث مطلقا، والمعتمد في المذهب انه لا يثبت خيـــار

---

(١) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤١.

(٢) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٣١.

(٣) السغدي: النتف في الفتاوي، ج١، ص٣٠٢-٣٠٣. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٣. ابـــن قدامـــه: المغني، ج١٠، ص٦٢. المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص٢٠٠.

(٤) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦.

(٥) الدردير: الشرح الكبير، ج٣،ص١٠٦. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٨.

للزوج ويثبت بالجنون الحادث الخيار للزوجة فقط[1] وان للزوجة الخيار في طلب التفريق إذا حدث بالزوج برص أو جذام بيِّن[2].

وذهب الشافعية إلى انه إذا حدث العيب بالزوج قبل العقد فان كان قبل الدخول فللزوجة الخيار لحصول الضرر وان كان بعد الدخول فان كان المرض الحادث جنوناً أو جذاماً أو برصاً ففيه وجهان. وإذا حدث العيب بالزوجة بعد العقد سواء كان قبل الدخول أو بعده فقولان الجديد انه يثبت الخيار للزوج والقديم في المذهب انه لا يثبت له الخيار والمذهب الجديد[3].

وذهب الحنابلة إلى انه إذا حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان:

أحدهما يثبت للزوج الأخر الخيار بعيب صاحبه الحادث، وهو ظاهر قول الخِرَقي[4] والثاني لا يثبت الخيار بالعيب الحادث بعد العقد، وهو قول أبي بكر[5] وابن حامد[6].

وجود العيب في كلا الزوجين:

إذا كان كل واحد من الزوجين مصابا بآفة تمنع المعاشرة الزوجية أو مرض منفر، فهل يثبت حق طلب التفريق لأحدهما بعيب صاحبه مع أصابته أيضا بعلة أو مرض منفّر؟.

---

(1) الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص١٩٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٠٧.

(2) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦. الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٨.

(3) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٧. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٢.

(4) الخرقي: عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد، توفي ٣٣٤هـ، له مصنفات كثيرة لم يُنشر منها الا المختصر في الفقه. انظر : الفراء: أبو يعلى القاضي أبو الحسين محمد، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، ج٢، ص٧٥.

(5) أبو بكر: عبدالعزيز بن جعفر بن احمد الحنبلي المعروف بغلام الخلال، توفي ٣٦٣هـ، عالما موثوقا موصوفاً بالأمانة مذكورا بالعبادة منها: الشافي والمقنع وتفسير القرآن، والخلاف مع الشافعي وكتاب القوانين. انظر: الفراء: أبو يعلي، طبقات الحنابلة، ج٢، ص١١٩-١٢٧.

(6) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٦٠-٦١. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٦.

ابن حامد: أبو عبدالله الحسن بن محمد بن علي، إمام المذهب الحنبلي، توفي ٤٠٣هـ، له مصنفات. انظر: الفراء: طبقات الحنابلة، جز٢، ص١٧١-١٧٧.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى انه إذا كانت المرأة رتقاء فلا حق لها في طلب التفريق عن زوجها إذا وجدته مجبوباً أو عنينا، لانه لا حق لها في الوطء، سواء كان العيب من جنس واحد أو من جنسين مختلفين[1].

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى انه يثبت لكل من الزوجين الخيار بعيب صاحبه، ولو كان به ذلك العيب، سواء كانت العيوب من جنس واحد، أو مختلفة في الجنس [2].

الرأي الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة إلى انه إذا كان كل واحد من الزوجين به عيب من العيوب المثبتة للخيار، فان كان العيبان مختلفين في الجنس، كأن يكون الزوج ابرصا وتكون الزوجة مجذومة، أو يكون الزوج مجذوماً وتكون الزوجة مجنونة، فإنه يثبت لكلا الزوجين الخيار في التفريق، وأما إن كان العيب من جنس واحد فيثبت الخيار لكلا الزوجين على الصحيح في المذهبين ، واستثنى الشافعية والحنابلة ما إذا كان الزوج مجبوباً والزوجة رتقاء، فلا يثبت الخيار لهما لان العيبين من جنس واحد[3].

نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب العيوب وحاجتها إلى القضاء:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب العيوب على رأيين:

الرأي الأول : ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة بسبب العيوب هي فرقة طلاق بطلقة بائنة[4] .

واختلف الحنفية في حاجة هذه الفرقة إلى قضاء القاضي حتى تقع، فذهب

---

(1) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٤. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦.

(2) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٣.

(3) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤١. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٦٠. المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٩٩. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٨.

(4) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١١٢. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٧.

الإمام أبو حنيفة إلى ان الزوجة لا تبين إلا بتفريق القاضي، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الفرقة بسبب العيوب لا تحتاج إلى قضاء القاضي وتقع باختيار المرأة نفسها[١] والمذهب رأي الصاحبين[٢].

وقال المالكية انه متى ثبتت الفرقة بسبب العيوب، فإن السلطان يأمر الزوج بالطلاق فان لم يطلق طلق عليه السلطان، أو يأمر الزوجة بإيقاع الطلاق فتطلق نفسها، كأن تقول "طلقت نفسي منك"، ثم يحكم القاضي بثبوت الطلاق ليرفع الخلاف[٣].

الرأي الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب العيوب هي فرقة فسخ[٤].

وقال الشافعية في حاجة الفرقة إلى قضاء القاضي وجهان: الأول : إن لصاحب الخيار الانفراد بالفسخ والثاني لا بد من الرفع إلى الحاكم، وأما العنة فلا بد من الرفع إلى القاضي، فإذا رفعت أمرها إلى القاضي فهل لها الفسخ بعد الإمهال أم أن القاضي هو الذي يفسخ وجهان وصحح النووي -رحمه الله- ان لها الاستقلال بالفسخ[٥].

وذهب الحنابلة إلى ان الفسخ بسبب العيوب يحتاج إلى حكم القاضي لأنه مجتهد فيه[٦].

هل الخيار للعيب على الفور أم على التراخي:

إذا علم أحد الزوجين بعيب صاحبه وثبت له الخيار فهل له أن يؤجل طلب التفريق أم لا بد من المبادرة إلى التفريق بسبب العيب؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

---

(١) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(٢) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٥٩٥.

(٣) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١١١. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٥٤.

(٤) الشيرازي: المهذب، ج٤، ص١٦٧. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٤. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٧٠.

(٥) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٩. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٣٠.

(٦) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٦٢. المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص٢٠٠. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١١٠.

الرأي الأول : ذهب قال الحنفية[1] والمالكية[2] وقول عند الشافعية[3] والحنابلة[4] أن لصاحب الخيار الحق في طلب التفريق للعيب ما لم يرض بالعيب سواء كان رضا صريحا أو ضمناً، وان هذا الخيار ثابت لصاحبه على التراخي.

الرأي الثاني: وذهب الشافعية في المعتمد عندهم وقالوا ان الخيار الثابت لأحد الزوجين للعيب هو خيار على الفور وان صاحب الخيار ولم يبادر إلى طلب التفريق فان حقه في الخيار يسقط[5].

تأجيل العنّين:

انفق جمهور الفقهاء على أن القاضي يمهل العنّين سنة قبل التفريق، وذلك لان العنة إما أن تكون لعلة طارئة، يمكن أن تزول، أو لعلة أصلية لا يمكن الشفاء منها، وان هذا الإمهال لمعرفة إن كانت العلة قابلة للزوال أو لا[6]، وجعلت مدة الإمهال سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فان كان مرضه من برودة أزاله حر الصيف، وان كان من رطوبة أزاله يبس الخريف، وان كان حرارة أزاله برد الشتاء، وان كان من يبس أزاله رطوبة الربيع، فإذا انتهت السنة ولم يصل لزوجته عُلم ان عنته لعلة لا يمكن الشفاء منها، فيفرق القاضي بينهما[7].

وقد خالف أبو بكر من الحنابلة جمهور الفقهاء في ذلك وذهب إلى أن العنّين لا يؤجل ويعجل عليه الفسخ في الحال، لوجود سبب الفسخ عنده وهو العنّة[8].

---

(1) السغدي: النتف في الفتاوى، ج١، ٣٠٢.

(2) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٣. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٤.

(3) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٩.

(4) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص٢٠٠.

(5) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٩. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٣١. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٣.

(6) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(7) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٥. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٢.

(8) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٧. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٣.

واتفق جمهور الفقهاء على أن المراد بالسنة هي السنة القمرية[1] وروي عن محمد بن الحسن[2] وهو قول عند الحنابلة[3] أن المراد بالسنة هي السنة الشمسية.

اختلف الفقهاء في الوقت الذي تبدأ فيه السنة على رأيين:

الرأي الأول: فذهب الحنفية[4] والحنابلة[5] وقول عند المالكية[6] إلى أن السنة تبدأ من الوقت الذي ترفع فيه الزوجة أمرها إلى القاضي.

الرأي الثاني: ذهب المالكية[7] والشافعية[8] إلى أن السنة تبدأ من تاريخ الحكم بالتأجيل من القاضي.

مرض العنّين أثناء مدة الإمهال:

إذا مرض العنّين بعد أن ضرب له القاضي أجلاً أو غابت الزوجة، فهل تحسب مدة مرضه أو غيابها من مدة الأجل؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء الحنفية [9] والشافعية[10] والحنابلة[11] إلى انه إذا مرض العنّين مرضاً يمنع الجماع وزاد مرضه عن نصف شهر وإذا غابت الزوجة أو هربت أو حبست لم يحسب ذلك من مدة الإمهال ويحسب منها شهر رمضان وأيام الحيض.

---

(1) المرغيناني: الهداية، ج٣، ص٢٧٣. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١١٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٥. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٢.

(2) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(3) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٨. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٢.

(4) السغدي: النتف في الفتاوى، ج١، ص٣٠٢. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦.

(5) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٨٣. المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٧. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٣.

(6) الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٥٣.

(7) الموّاق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٥٣.

(8) الشيرازي: المهذب، ج٤، ص١٦٩. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٣٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٥.

(9) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٤. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦.

(10) الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص١٤٧.

(11) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٨.

الرأي الثاني:وذهب إليه المالكية وقالوا أن القاضي لا يؤجل العنّين إذا كان مريضاً عند رفعه إليه ولا تبتدئ مدة الإمهال إلا بعد أن يصح فإذا أجله فمرض بعد ضرب الأجل له فانه يحسب عليه ذلك من ضمن مدة الأجل[1].

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني موضوع فسخ عقد الزواج للعيب في المواد (١١٣-١١٩) حيث نصت المادة (١١٣) على:" **للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها، ان تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجبِّ والعنّة والخصاء ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن**".

ونصت المادة (١١٤) على:" **الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول، او التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق اختيارها ما عدا العنة، فان الاطلاع عليه قبل الزواج لا يسقط حق الخيار**".

ونصت المادة (١١٥) على:"**إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب، يُنظر: فان كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وان كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له، او من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، و إذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول، أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذه الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب، فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راضٍ بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى في بدء المرافعة او في ختامها الوصول إليها ينظر: فان كانت الزوجة ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين، وان كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين**".

---

[1] الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١١١. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٥٣.

ونصت المادة (١١٦) على:"إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة او مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر: فان كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وان كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق".

ونصت المادة (١١٧) على:"للزوج حق فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن، أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر، ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً".

ونصت المادة (١١٨) على :"العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج".

ونصت المادة (١١٩) على:"يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما".

المطلب الثاني: بين الإمهال وعدمه

إذا أقر الزوج المصاب بالعنة بأنه لا يرجى له الشفاء من عنته وانه تعالج منها إلا انه لم ينفعها العلاج، أو إذا جزم أهل الاختصاص من الأطباء بان عنة الزوج غير قابلة للزوال، وانه لا يمكن شفاؤه منها، فهل يعجل التفريق بين الزوجين حيث ان الغاية من الإمهال لمعرفة ما إذا كانت العلة قابلة للزوال أم أنها علة أصلية لا يمكن الشفاء منها[1] ، أم انه لا بد من تأجيل العنّين مهما كانت أحواله؟.

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لذلك، وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة، في قرارها رقم (١١٥٦٧) تاريخ ٧/٢٥/ ١٩٦١ والذي جاء فيه:"**التفريق بين الزوجين لمجرد قول المدعى عليه الزوج انه لا يرجى له الشفاء من العنّة، التي إصابته على كبر، لانه لم يحصل على النتيجة المطلوبة من الأدوية والمعالجة، لا وجه له، لان العنّة من العلل القابلة للزوال، والشريعة الإسلامية أعطت صاحبها مهلة معينة، وهي سنة، كما تظافرت على ذلك النصوص الشرعية وإقراره بعدئذ بان عنته غير قابلة للزوال لا يغير المشروع، خصوصا أن المرجع في تحقيق إمكان زوال العلة، أو عدمه، في العلل التي يمكن ان تصل إلى درجة عدم إمكان الشفاء كالسل والزهري، هو أهل الفن والخبرة**"[2] وقرار رقم (٧٠٠٢٦) تاريخ ١٩٧٨/٤/٢٧ والذي جاء فيه:"**التفريق للعنة دون إمهال بناء على تقرير الطبيب المؤيد بشهادته، الذي جزم بعنة المدعى عليه، وعدم إمكان زوالها منه، مع أن العنّة من العلل القابلة للزوال غير صحيح، وعلى فرض وجود العلة المذكورة بالمدعى عليه، فالشريعة الإسلامية منحت له مهلة شرعية، قدرها سنة واحدة قمرية، من يوم تسليم الزوجة نفسها له**"[3].

---

(١) المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، د١، ص٣٣٠.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣٢.

وبتحليل قرار محكمة الاستئناف نجد ما يلي:

١. انه لا بد من إمهال العنّين سنة ولو اقر بأنه لا أمل له بالشفاء من عنته وكذلك الأمر إذا جزم أهل الاختصاص من الأطباء بان علة الزوج لا أمل له بالشفاء منها.

٢. أنها عللت ذلك كون النصوص الشرعية قد تظافرت على إعطاء العنّين المهلة الشرعية، سواء كان العنّين صغير السن أو كبيراً له أمل بالشفاء أو لا.

وهذا موافق لما قرره الفقهاء من ضرب مدة السنة للعنين وانه لا يثبت خيار التفريق إلا بعد مضي مدة الإمهال، فيقول السغدي[1] "فإذا تمت السنة وكان الزوج على إقراره ولم يدع الوصول إليها خيرت، فان اختارت نفسها فرق الحاكم بينهما"[2] ويقول الموصلي[3] في الاستدلال للصاحبين على عدم حاجة التفريق للعنة لقضاء القاضي "ولهما ان الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها"[4] ويبدو واضحا من كلامهما ان الخيار يثبت بعد تمام المهلة لا بمجر ثبوت العنة، وقد تعرض الشربيني[5] لمسألتنا هذه بوضوح حيث يقول" ابتداء المدة من ضرب القاضي لا من وقت ثبوت العنّة لأنها مجتهد فيها وتعتبر السنة بالأهلة ولا فرق بين ان يكون حرا أو عبدا مسلما أو كافرا، ولا بين ان يقول مارست نفسي وأنا عنين فلا تضربوا لي مدة أم لا، وهو كذلك لان ذلك شرع لأمر جبلي فأشبه

---

(١) السغدي: علي بن الحسين ابو الحسن، توفي ٤٦١هـ، كان إماما فاضلاً وفقهيا مناظراً ولي القضاء وانتهت إليه رئاسة الحنفية، ورُحل اليه في النوازل والواقعات، له مصنفات، منها: النتف في الفتاوى، وشرح الجامع الكبير. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص١٢١.

(٢) السغدي: النتف في الفتاوي، ج١، ص٣٠٢.

(٣) الموصلي: عبدالله بن محمود بن مودود، ولد ٥٥٩هـ-توفي ٦٨٣هـ، تولي القضاء وكان من أفراد الدهر في الفروع والأصول وكانت مشاهير الفتوى على حفظه. من تصانيفه: المختار ثم صنّف شرحاً له سماه بالاختيار. انظر اللكنوي: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص١٠٦.

(٤) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٥.

(٥) الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، توفي ٩٧٧هـ ، درّس وافتى في حياة أشياخه، كان زاهداً ورعاً له مصنفات منها شرحان على كتابي المنهج والتنبيه جمع فيهما تحريرات أشياخه بعد القاضي زكريا. انظر: ابن العماد: شذرات الذهب في اخبار من ذهب، ج٧، ص٣٨٤.

الحيض والرضاع فلا يختلفون في كون المدة سنة"[1] وهو ما قـــرره النـــووي إذ يقول "ثم إن ثبوت العنّة لا يفيد الخيار في الحال ولكن القاضي يضرب للزوج مـدة سنة يمهله فيها"[2]. ويقول المرداوي "فان اعترف بذلك، اجّله سنة من ترافعه، فـإن وطء فيها وإلا فلها الفسخ"[3] ويقول ابن قدامه[4] في العنّة"وهو عيب يستحق بـــه فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها."[5]

ومستند الفقهاء في تأجيل العنين هو ما ثبت عن عمر بن الخطاب[6]وعلـــي[7] وعبدالله بن مسعود[8] والمغيرة بن شعبة[9]-رضي الله عنهم أجمعين- مـــن انـــهم اجلوا العنين سنة كاملة[10].

وقد خالف في هذه المسألة أبو بكر من الحنابلة حيث ذهب إلى أن العنّيـــن لا يؤجل، ويفسخ عليه في الحال كالجب، وحجته في ذلك ان مقتضـــى الفســخ هــو

---

(1) الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٥.

(2) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٣٠.

(3) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٦.

(4) ابن قدامه: موفق الدين ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد، ولد سنة ٥٤١هـ -توفي ٦٢١هـ، كان عالما في الأصول والفروع والحديث واللغة والأنساب، له مصنفات منها الاعتقاد ومسالة العلو وفضائل الصحابـــة والمغني والكافي والعمدة والروضة. انظر: ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، ج٢، ص١٣٣-١٤٩.

(5) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٨٢.

(6) عبدالرزاق: ابو بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، في اخره كتاب الجـــامع للامـام الازدي، تحقيق ايمن نصرالدين الأزهري، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م. رواه عبدالــرزاق في المصنف من كتاب النكاح، باب اجل العنين، ج٦، ص٢٠٠. البيهقي: ابو بكر احمد بن الحســين بــن علي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بــيروت-لبنــان، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج٧، ص٣٦٨، كتاب النكاح باب اجل العنين.

(7) عبدالرزاق: المصنف، ج٦، ص٢٠١. كتاب النكاح باب اجل العنيــن. البيــهقي: الســنن الكــبرى، ج٧، ص٣٧٠، باب كتاب النكاح، باب اجل العنين.

(8) عبدالرزاق: المصنف، ج٦، ص٢٠١. كتاب النكاح باب اجل العنيــن. البيــهقي: الســنن الكــبرى، ج٧، ص٣٦٩، باب كتاب النكاح، باب اجل العنين.

(9) عبدالرزاق: المصنف، ج٦، ص٢٠١. كتاب النكاح باب اجل العنيــن. البيــهقي: الســنن الكــبرى، ج٧، ص٣٦٩، باب كتاب النكاح، باب اجل العنين.

(10) التهانوي: ظفر احمد العثماني، إعلاء السنن، تحقيق حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بــيروت-لبنــان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ج١١، ص٢٧٠-٢٧١. المرغيناني: الهداية، ج٢، ص٢٧٣.

وجود العنّة وقد ثبتت[1] .

واجتهاد القضاء المصري في هذه المسألة موافق لرأي جمهور الفقهاء ولما قررته محكمة الاستئناف الأردنية، حيث قررت أن مناط تحقق عيب العنة المسوغة للتفريق، ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته، بل استمرار هذا العجز مدة السنة التي يؤجل القاضي الدعوى إليها وذلك في الطعن رقم (١٣) لسنة ١٩٤٤ جلسة ١٩٧٦/٢/١١، والطعن رقم (٢٠) لسنة ١٩٤٦ جلسة ١٩٧٦/١٢/١٤[2] .

وعليه فان الباحث يرى بان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في هذه المسألة هو موافق للصواب ولما عليه جمهور الفقهاء ولمقتضى المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

---

(١) المرداوي: الإنصاف ، ج٨، ص١٨٧. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٣.

(٢) عبدالتواب: موسوعة الأحوال الشخصية، ج١، ص٣٨٨-٣٨٩.

المطلب الثالث: ادعاء الزوج الوصول إلى زوجته

دعوى التفريق للعنة حتى يتم التفريق بها لا بد من رفعها إلى القاضي دعويين الأولى: ترفع الزوجة الدعوى تدعي بها بان زوجها عنّين لا يصل إليها ، فإذا ثبتت اجّله القاضي سنة قمرية، فإذا تمت السنة ولم يصل إليها رفعت الزوجة دعوى جديدة وهي الدعوى الثانية تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها لانتهاء مدة الأجل وعدم وصوله إليها ، ولا بد أن يثبت في كلا الدعويين أن الزوج لم يصل إلى زوجته، فإذا ادعى الزوج في أي من الدعويين المذكورتين بأنه قد وصل إلى زوجته ووطئها سواء كانت الدعوى الأولى أو ادعى الوصول إليها بعد هذه الدعوى وخلال مدة إمهاله وأنكرت الزوجة ذلك، فمن الذي يصدق منهما لا سيما وان هذا الأمر لا تقام عليه بينة، ولا يطلع عليه أحد إلا الزوجين.

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

<u>الرأي الأول:</u> ذهب الحنفية[١] والحنابلة[٢] إلى العنة تثبت بإقرار الزوج فان أنكرها فلا يخلو حال المرأة عن حالين:

الحال الأول : أن تكون المرأة ثيباً فالقول قول الزوج بيمنه، فان حلف على انه ليس عنين ردت دعواها وان نكل ثبتت العنّة واجّله القاضي سنة في الدعوى الأولى، وان كان ادعاؤه في الدعوى الثانية انه وصل إليها ووطئها خلال مدة الإمهال وأنكرت الزوجة ذلك فالقول قول الزوج بيمنه، فان حلف ردت دعواها،وان نكل ثبتت العنّة وفرق القاضي بينهما.

الحال الثاني: أن تكون المرأة بكرا فان ادعت انه عنّين وأنكر الزوج ذلك أو ادعى انه وصل إليها في الدعوى الأولى أو ادعى الوصول إليها أثناء الإمهال في الدعوى الثانية وأنكرت الزوجة ذلك نظرت إليها

---

(١) المرغيناني: الهداية، ج٢، ج٢، ص٢٧٤. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦.

(٢) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٩٠. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٤.

النساء، فان قلن هي بكر فقد ثبتت دعوى الزوجة، وان قلن هي ثيب وجهت اليمين إلى الزوج، فان حلف ثبتت ادعاؤه وردت دعوى الزوجة، وان نكل عن حلف اليمين ثبت ادعاء الزوجة فان كان في الدعوى الأولى أمهله القاضي وضرب له أجلاً، وان كان في الدعوى الثانية فرق القاضي بينهما.

<u>الرأي الثاني:</u> ذهب المالكية[1] والشافعية[2] إلى أن الزوج إذا أنكر العنّة فانه يصدق بيمنه، ولا تنظرها النساء، وان ادعى وطئه لها أثناء مدة الأجل في الدعوى الثانية صدق بيمينه أيضا، فان حلف ردت دعوى الزوجة، وان نكل وجهت اليمين إلى الزوجة، فان حلفت فرق القاضي بينهما، وان نكلت أُقر النكاح بينهما.

وقانون الأحوال الشخصية الأردني بين في المادة (١١٥) منه:"**إذا ادعى الزوج في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إلى الزوجة يُنظر فان كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع يمينه وان كانت بكرا فالقول قول الزوجة بلا يمين**" .

وقد قررت محكمة الاستئناف الشرعية أن ثبوت البكارة، يكون بإجراء الكشف على الزوجة البكر من قبل امرأتين، وذلك في قرارها رقم (١٣١٢٠) تاريخ ١٩٦٤/١/٢٢[3] والقرار رقم (٨٧٣٦) تاريخ ١٩٥٥/٤/٥[4] والقرار رقم (١١٩٧٧) تاريخ ١٩٦٢/٢/٢٦[5]

وعليه فان الباحث يرى بان اجتهاد المحكمة هذا متفق مع رأي الفقه الحنفي والحنبلي وموافق لنص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

---

(١) الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١١٢، ص١١٥. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٥٣.

(٢) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٦٤. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص١٣٤.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣١.

(٤) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣٠.

(٥) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣١.

المطلب الرابع: العدة من الخلوة الفاسدة في العقد الصحيح

الخلوة الصحيحة: هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما[1] .

فإذا صاحب هذه الخلوة مانع من موانع الوطء سواء كان المانع شرعيا كأن يكونا صائمين في رمضان، أو محرمين بحج أو عمرة، أو كان المانع طبيعيا بأن يكون أحدهما مريضا مرضا يمنع المعاشرة الزوجية، أو كان المانع حسيا كوجود شخص معهما ولو أعمى أو نائما، أو تكون الزوجة رتقاء أو قرناء أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو يكون الزوج مجبوبا، أو صغيرا لا يقدر على الجماع، فان هذه الموانع تمنع صحة الخلوة، وتسمى الخلوة مع وجود أحد هذه الموانع خلوة فاسدة[2].

فإذا خلا الزوج بزوجته خلوة فاسدة، ثم طلقها بعد هذه الخلوة وقبل الدخول بها فهل تلزم الزوجة العدة الشرعية؟.

محكمة الاستئناف الشرعية قررت أن على الزوجة في هذه المسألة العدة الشرعية وذلك في قرارها رقم (٢١٦٠٢) تاريخ ١٩٨٠/٨/٢٨ والذي جاء فيه:"**إن الحكم بفسخ العقد بين المستأنف والمستأنف عليها للعيب الجنسي حكم تابع للاستئناف وفقا للمادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وقد استئناف الزوج إلزامها بالعدة، فان هذه المحكمة الاستئنافية تنظر في الحكم الابتدائي بالنسبة إلى العدة الشرعية استئنافا على الاعتبار المذكور، وبالنسبة إلى فسخ العقد مرفوعا بموجب المادة (١٣) المذكورة، وتبين أن الحكم بإلزام المستأنف عليها بالعدة الشرعية، من تاريخ الحكم المذكور، إنما كان بناء على ان الفقهاء قرروا لزوم العدة في العقد الصحيح، إذا تم الدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة بين الزوجين، والخلاف بينهم إذا كانت الخلوة بين الزوجين فاسدة، والعقد صحيح،**

---

(1) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢١٧.

(2) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٠٠. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢١٧-٢١٨. الزيلعي: تبيين الحقائق، ج٢، ص٥٥١.

فمنهم من رأى عدم لزوم العدة وفصّل في ذلك، ومنهم من رأى لزوم العدة مطلقاً احتياطاً استحساناً، والراجح من المذهب الرأي الثاني لما يأتي: فقد جاء في شرح الإحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للابياني "ج١،ص٤٢٧" "وسبب العدة حصول الخلوة بين الرجل والمرأة لأي سبب كان، فمتى وجد السبب وجبت العدة، وعدد الأحوال، ومنها إذا حصلت الفرقة بينهما بعد الخلوة ولو فاسدة إذا كان العقد صحيحاً".

كما ورد في فتح القدير ج٢ ص٤٤٧ قوله:" والعدة واجبة في جميع المسائل أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكور احتياطاً لتوهم الشغل" وكذا قوله" والعدة حق الشرع، ولذا لا تسقط ولو أسقطاها" كما ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج٤ ص ١١٣ "هل تجب العدة بالخلوة الفاسدة أو لا؟ خلاف، والصحيح أنها تجب، وذلك لان المرأة سلمت نفسها إلى أن قال:أو بها مانع حسي فان خلوته بها توجب الظن على أي حال، فيجب ان تعتد في الجميع"(١).

وجاء في البحر (ج٣ ص١٦٦) "قوله وتجب العدة فيها أي تجب العدة بعد الخلوة ولو فاسدة احتياطاً استحساناً، لتوهم الشغل لان العدة حق الشرع، والمذهب وجوب العدة مطلقاً "أي عند حصول الخلوة" كما نص محمد في الجامع الصغير، وظاهره أنها واجبة قضاء وديانةً"(٢).

وجاء في ابن عابدين (ج٢ ص ٣٤٤) "إذا كان المانع حسيا لصغرٍ أو مرض مدنفٍ قيل وقيل لا تجب أي العدة والمذهب الأول "أي تجب العدة في الكل " أي تجب في كل أنواع الخلوة ولو فاسدة في النكاح الصحيح احتياطاً استحساناً

---

(١) ما نُسب إلى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة منقول بتمامه. انظر: الجزيري: عبدالرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.ط، د.ت، ج٤، ص١١٣.

(٢) ما نسب إلى البحر في ج٣، ص١٦٦ لم ينقل النص بتمامه حرفياً ولكن المحكمة نقلت ما يعنيها في قرارها. انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ط٢، أعيد طبعه بالأوفست، ج٣، ص١٦٦.

لتوهم الشغل، كما نص محمد -رضي الله عنه-.[1] .

كما جاء في كتاب الاختيار لتعليل المختار "وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع"[2].

كما جاء في الزيلعي (ج٢ ص ١٤٤) " وتجب العدة فيها، أي تجب العدة في الخلوة، سواء كانت الخلوة صحيحه، أو لم تكن صحيحة استحسانا لتوهم الشغل، لان العدة حق الشرع والولد، فلا يصدقان إبطال حق الغير"[3].

لهذا كله كان الحكم على المستأنف عليها بالعدة الشرعية صحيحا موافقا للوجه الشرعي تقرر تصديقه من هذه الجهة وحيث تبين أن في المستأنف عليها عيباً جنسيا يحول من الدخول بها الدخول الشرعي، بتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته لدى المحكمة الابتدائية، وفقاً للمادة (١١٩) من قانون الأحوال الشخصية، لذا كان الحكم بفسخ العقد على الوجه المذكور صحيحا، موافقاً للوجه الشرعي، وللمادة (١١٧) من القانون المذكور فتقرر تصديقه"[4]

وبتحليل قرار المحكمة نجد أنها قررت ما يلي:

١. وجوب العدة الشرعية على الزوجة إذا تم التفريق بينها وبين زوجها بعد الخلوة الفاسدة والعقد الصحيح.

٢. استندت المحكمة في قراراها إلى الرأي الراجح من مذهب الحنفية القاضي بلزوم العدة على الزوجة بعد الخلوة الفاسدة في العقد الصحيح.

٣. أسندت المحكمة و أحالت في قرارها إلى بعض أمهات الكتب الحنفية ونقلت

---

[1] ما نسب إلى ابن عابدين في ج٢، ص٣٤٤ غير دقيق نقلا وصحيح معنىً وهو غير منقول نصا عن ابن عابدين وانما النص مأخوذ من الدر المختار متن رد المحتار مع تقديم وتأخير في العبارات. انظر ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، جلد٢، ص٣٤٤.

[2] ما نسب إلى كتاب الاختيار لتعليل المختار منقول بتمامه. انظر: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١٠٤، دار المعرفة، ط٣، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

[3] ما نسب إلى الزيلعي منقول بتمامه. انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط٢، اعيد طبعه بالأوفست، ج٢، ص١٤٤.

[4] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٢٣٢-٢٣٤.

نصوصاً منها، وعليه يرى الباحث ان ما ذهبت إليه المحكمة في قراراها هو اجتهاد صحيح موافق لنص المادة (١٨٣) وللراجح من مذهب الحنفية.(١)

المطلب الخامس:طلب التفريق للعنة الطارئة

إذا أصابت الزوج عنة واصبح عاجزا عن وطء زوجته بعد أن دخل بها الدخول الشرعي الصحيح، ووصل إليها ولو مرة واحدة، وطلبت الزوجة التفريق بينها وبينه لعنته الحادثة بعد الوطء، فهل تجاب لطلبها وتضرب له المهلة الشرعية التي يمهلها العنّين، أم لا تسمع دعواها؟.

لم ينص قانون الأحوال الشخصية على حكم هذه المسالة وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في هذه المسألة بان الدعوى غير مسموعة، وأنها دعوى مردودة، وذلك في القرار رقم (٨٢٦٢) تاريخ ١٩٥٣/١٢/١٤(٢) وقرارها رقم (١٣٧٦٣) تاريخ ١٩٦٥/١/١٩ والذي جاء فيه:" **إذا أقرت الزوجة بدخول زوجها عليها، فان ما تذكره من حوادث العنّة فيه لا يبرر طلبها التفريق بينهما**"(٣) وهذا الاجتهاد من محكمة الاستئناف موافق لما عليه جمهور الفقهاء(٤) واكثر أهل العلم الذين يرون بان حدوث العنّة بعد وصول الزوج إلى زوجته لا يبيح لها طلب التفريق، وان العنّة الحادثة بعد الوطء لا تؤثر وخالف في ذلك أبو

---

(١) هناك رأي آخر عند الحنفية اسند إلى القدوري يرى بأنه إذا كان المانع شرعيا وجبت العدة بثبوت التمكين حقيقة، وإذا كان المانع حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب العدة لانعدام التمكين والمذهب وجوبها مطلقاً. انظر: المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٠٠. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢١٩. ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص١٦٦. الزيلعي: تبيين الحقائق، ج٢، ص٥٥١

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٢٩.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٣١.

(٤) السغدي: النتف في الفتاوى، ج١، ص٣٠٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٦. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٠٦. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٤٨. المواّق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٤٨. الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٧، ص١٦١. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٢٩. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٤٢. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٨٨. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٨٨. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٠٣.

ثور[١] –رحمه الله– الذي ذهب إلى أن العنّة الطارئة بعد الدخول وبعد أن يكون قد وطء الرجل زوجته يفرق لأجلها وتضرب للزوج مهلة سنة فان لم يصل خلال الأجل وبقيت عنته فُرق بينهما.[٢]

وقد سبق القضاء المصري محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في اجتهادها هذا وأُقر ذلك مبدءاً من مبادئ القضاء المصري وذلك في القضية رقم (٢٨٥) لسنة ١٩٣٣ محكمة الأقصر جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١ والمنشور في مجلة المحاماة السادسة صفحة (١٧٢) والتي تقرر فيها أن العنّة الطارئة لا تؤثر ولا تبيح للزوجة طلب التفريق متى أقرت بوصول زوجها إليها [٣].

وهو أيضا ما قررته محكمة النقض السورية في القضية أساس (٤٣٤) القرار رقم (٤٢١) تاريخ ١٩٧٦/٤/٢٩[٤].

وعليه فان الباحث يرى أن اجتهاد المحكمة هذا موافق لما عليه جمهور الفقهاء ولنص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية ولما قرره الحنفية.

نظرة وتعقيب:

اقر الإسلام حق الزوجة بالمعاشرة الزوجية، وقرر الفقهاء أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، حيث يفضي إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة، كما يدفع ذلك عن الرجل[٥].

روي عن شعبة عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب –رضي الله عنهم أجمعين– فجاءته امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما

---

(١) ابو ثور: إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، فقيه، برع في العلم لم يقلد أحدا وهو ثقة ومأمون ومجتهد، صنّف فجمع بين الحديث والفقه. انظر: ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ج١، ص٩٣-٩٤. الزركلي: خير الدين، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط٥، ١٩٨٠م، ج٢، ص١٠٢.

(٢) ابن حزم: المحلى، ج٩، ص٢٠٤.

(٣) الجندي: مبادئ القضاء المصري، ج١، ص٢٩٤.

(٤) استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، ص٣٨٦.

(٥) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٢٤٠.

رأيت رجلاً قط افضل من زوجي، والله انه ليبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفطر، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال: مثلك أثنى الخير، قال: واستحيت المرأة فقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين ، هلا أعديت المرأة على زوجها؟ قال: وما شكت؟ قال: شكت زوجها اشد الشكاية. قال: أوذاك أرادت؟ قال: نعم، قال: ردوا عليّ المرأة، فقال: لا باس بالحق ان تقوليه، ان هذا زعم انك جئتِ تشكين زوجكِ، انه يجتنب فراشك. قالت: اجل، إني امرأة شابة، وإني لابتغي ما تبتغي النساء، فأرسل إلى زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما. قال: أمير المؤمنين أحق ان يقضي بينهما، قال: عزمت عليك لتقضين بينهما، فانك فهمت من أمرها ما لم افهم، قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة، هي رابعتهن، فاقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهنّ، ولها يوم وليله. فقال عمر: والله ما رأيك الأول اعجب إليَّ من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة".(١)

وعليه إن ترك المرأة تعيش مع زوج لا يستطيع أن يقضي حاجتها وخاصة الشابة لفترة طويلة يلحق بها ضررا لا تتحمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب، قد يؤدي إلى انحرافها، والبحث عن قضاء حاجتها خارج بيت الزوجية.

وترك المرأة على هذه الحالة فترة طويلة يجعل ما قرره المالكية في حكم الهجر منطبقا على حالها، لا سيما وان المالكية لا يعتدون بالأعذار المشروعة في الغيبة والهجر.

---

(١) عبدالرزاق: المصنف، ج٧، ص١٤٨، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق من كتاب الطلاق.

المبحث الثاني
الاجتهاد الصادر في دعاوى
فسخ عقد الزواج للشرط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الشرط في عقد الزواج.

المطلب الثاني: اشتراط الزوجة على الزوج أن تجعل أمرها بيدها.

المطلب الثالث: اشتراط الزوجة شرطاً لنفسها وتنازلها عن الشرط واشتراطها شرطاً بعد العقد.

المطلب الأول: مفهوم الشرط في عقد الزواج.

أولا: تعريف الشرط، وفيه فرعان:

الفرع الأول:الشرط لغة: هو إلزام الشي والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط.[1]

الفرع الثاني: الشرط اصطلاحاً: الشرط في اصطلاح علم أصول الفقه هو: ما لا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولكن يلزم من عدمه عدم المشروط.[2]

كما يُعرف: ما يلزم من نفيه أمر على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب[3] إلا أن هذا التعريف الأصولي غير مقصود بهذا المبحث، حيث إننا لا نتكلم عن شروط صحة عقد الزواج، ولا عن شروط انعقاده، أو شروط نفاذه أو لزومه، وليس مجال هذا بحث هذه الشرط في هذا المبحث.

والمقصود بالشرط في هذا المبحث ان يقترن العقد بالتزام أحد الزوجين بالوفاء بأمر زائد عن اصل العقد، غير موجود عند التعاقد[4] وهو ما يعرف بالشرط المقيد أو الشرط الجعلي.

والشرط الجَعْلي هو : ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض ومقتضاه انه يعدل من آثار العقد الأصلية[5] .

والشرط الجَعْلي هو الشرط الذي يضعه البشر لأنفسهم في عقودهم ومعاملاتهم، ويتوقف هذا الشرط والشرط المقيد على مدى موافقته لأحكام الشرع مطلقا، كما يتوقف رده على مخالفته لأحكام الشرع، وسمي الشرط الجَعْلي بهذا

---

[1] ابن منظور: لسان العرب، ج٩، ص٢٠٢، فصل الشين حرف الطاء.

[2] سانو: د. قطب مصطفى، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر بيروت-لبنان، دار الفكر، دمشق-سوريا، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ص٢٤٤.

[3] الآمدي: سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ج٢، ص٤٥٣.

[4] الشاذلي: د.حسن علي، نظرية الشروط في الفقه الاسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د.ط، دس، ص٥١.

[5] سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص٢٤٧.

الاسم؛ لانه من جعل البشر أنفسهم وليس من جعل الشرع(١) .

ثانيا: حكم اشتراط أحد الزوجين شرطاً في عقد الزواج:

إذا اشترط أحد الزوجين على الأخر في عقد الزواج شرطا لمصلحته، فهل يراعى هذا الشرط ويلزم الطرف الأخر بالوفاء به، وإذا لم يف به فهل للمشترط الحق في إجباره على تنفيذ هذا الشرط أو هل له الحق في فسخ العقد لعدم الوفاء به؟.

اختلف الفقهاء في حكم الشروط المشترطة في عقد الزواج لمصلحة أحد الزوجين على النحو التالي:

أولا: ذهب الحنفية إلى عدم ثبوت خيار الشرط في عقد الزواج فإذا اشترط الزوج صفة الجمال أو البكارة في الزوجة فوجدها غير ذلك، أو اشترطت الزوجة أن يكون الزوج مدنياً، فإذا هو قروي، فالشرط فاسد والنكاح صحيح، فلا يبطل عقد الزواج بالشروط الفاسدة(٢) .

كما لا يجب الوفاء بالشروط المشترطة من أحد الزوجين على الأخر في عقد الزواج كان تشترط الزوجة ان لا يخرجها من بلدها، أو يشترط عليها ان لا نفقة لها، فيكون العقد صحيحا والشرط فاسدا، وليس لأحدهما فسخ النكاح لعدم وفاء الأخر بالشرط، وانما ينحصر اثر هذه الشروط بالمهر، فإذا وفى الزوج بشروط الزوجة وسمّي لها مهراً فيجب لها المهر المسمى، وان لم يف بالشرط أو خالفه، وجب لها مهر المثل(٣) وذلك ان الشرط قد قابله جزء من المهر ومتى خالف هذا الشرط سقط ما قابله من المهر فوجب لها مهر المثل.

ثانيا: ذهب المالكية إلى أن الشروط في عقد النكاح أربعة أقسام:

---

(١)سانو : معجم مصطلحات أصول الفقه، ص٢٤٥.

(٢) السرخسي: المبسوط، ج٥، ص٩٥. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢٣٢. نظام الدين: الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ج١، ص٣٠١.

(٣) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٠٢. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢٣٢.

القسم الأول: ان يكون الشرط من مقتضيات العقد، كإشتراطه الوطء، أو اشـــتراط الزوجة على الزوج أن ينفق عليها، فهذه الشروط لا تؤثر في العقـــد ويجب الوفاء بها، سواء اشترطت في العقد أو لم تشترط[١]

القسم الثاني: أن يكون الشرط يناقض مقتضى العقد، والمقصود منـــه، كإشـــتراط الزوجة أن لا يقسم في المبيت مع زوجته الثانية، أو لا ينفق عليها، أو أن لا ميراث بينهما، أو أن لا يأتيها أو تأتيه ليـــلاً أو نـــهارا، أو أن تشترط عليه ان أمرها بيدها، وحكم هذا القسم من الشروط أن العقـــد يفسخ قبل البناء واما بعد البناء يقر العقد، ولكن للزوجة مـــهر المثـــل ويلغى الشرط[٢] .

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد، فلا يقتضيه العقد ولا ينافيه، كإشتراطها عـــدم إخراجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، وحكم هذه الشروط أنـــها مكروهة لما فيها من حجر عن مباح، ولا يلزم الوفـــاء بـــها، ولكـــن يستحب كما لا يفسخ لعدم الوفاء لا قبل البناء ولا بعده[٣].

القسم الرابع: وهي الشروط التي يفسخ بها النكاح مطلقاً، سواء كان قبل البنـــاء أو بعده، كاشتراط أن يكون النكاح إلى اجل، وكنكاح الشـــغار [٤]، فـــإذا اشترطت هذه الشروط في عقد النكاح فانه يفرق فيه بين الزوجين[٥] .

ثالثاً: ذهب الشافعية إلى أن الشروط المشترطة من أحد الزوجين على الآخر فـــي عقد الزواج قسمان.

---

[١] الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤١.

[٢] الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤١. ابن جزي: ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرنـــاطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، د.ط، دس، ص٢٢٣.

[٣] الإمام مالك: المدونة، ج٢، ص١٦٠. ابن عبد البر: الاستذكار، ج١٦، ص١٤٧. ابـــن جـــزي: القوانيـــن الفقهية، ص٢٢٣. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤١.

[٤] نكاح الشغار:" ان يزوج وليته على ان يزوجه الأخر وليته ولا مهر بينهما. انظر: ابن قدامه: المقنع، ج٣، ص٤٨. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩٤.

[٥] الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص٤٢.

القسم الأول: شروط جائزة: وهو الشروط التي توافق حكم العقد ومقتضاه، وان ما اشترطه أي من الزوجين على الأخر في هذا القسم، يجوز له فعله دون اشتراط، وذلك كاشتراط الزوج على الزوجة أن يتزوج عليها، أو يسافر بها، أو يطلقها إذا شاء، وكاشتراط الزوجة على الزوج أن يوفيها صداقها، أو ينفق عليها، أو أن يقسم لها بالمبيت مع نسائه بالسوية، وحكم هذه الشروط أنها جائزة والنكاح صحيح، ويجب فيها المهر المسمى، وليس لأحد الزوجين فسخ عقد الزواج لمخالفة الأخر للشرط(١).

القسم الثاني *شروط محظورة، وتقسم إلى ثلاثة أنواع:*

النوع الأول: شروط يبطل بها عقد النكاح، وهو كل شرط رفع مقصود العقد، كاشتراطه أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، أو تزوجها بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام(٢).

النوع الثاني: شروط يبطل بها الصداق دون عقد الزواج، وهو كل شرط خالف حكم العقد، وهذه الشروط تبطل الصداق دون عقد النكاح على المشهور وهو المذهب، *وهي على ضربين:*

الضرب الأول: ما كان من جهة الزوج أن لا يقسم لها مع نسائه، أو أن تخفف عنه نفقتها أو كسوتها، وحكم هذه الشروط، أنها باطلة فتبطل المهر دون العقد؛ لأنها لا تؤثر على مقصود العقد، وقد قابلت هذه الشروط جزءً من المهر، ولما بطل الشرط بطل ما قابله من المهر، وما قابله من المهر غير معلوم فبطل المهر وصار لها مهر المثل.

الضرب الثاني: ما كان من جهة الزوجة، مثل ان تشترط عليه أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يسافر بها، فحكم المهر مع هذه الشروط انه إذا كان

---

(١) الماوردي: الحاوي الكبير، ج٩، ص٥٠٥. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٨٨.

(٢) الماوردي: الحاوي الكبير، ج٩، ص٥٠٦. الشيرازي: المهذب، ج٤، ص١٦٢. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٨٩.

المهر اقل من مهر المثل فيبطل ولها مهر المثل، وان كان اكثر من مهر المثل فالأصح أنها تستحق مهر مثلها[١] .

النوع الثالث: ما اختلف حكمه باختلاف مشترطة كما لو شرط الزوج على الزوجة أن لا يطأها فالنكاح صحيح، لان له الامتناع عن وطئها بغير شرط، لكن إن اشترطت الزوجة عليه أن لا يطأها بطل العقد، لأنها منعته مما استحق له عليها من مقصود العقد[٢].

رابعاً: ذهب الحنابلة إلى أن الشروط في النكاح قسمان:

القسم الأول : وهو نوعان:

النوع الأول: شرط يقتضيه العقد كتسليم المرأة نفسها للزوج، وان يستمتع بها، فهذا شرط لا يؤثر في العقد ووجوده كعدمه، ولا يترتب عليه أي اثر[٣] .

النوع الثاني: شرط تنتفع به المرأة كزيادة في مهرها ، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يسافر بها، أو أن لا يخرجها من بلدها أو دارها، فهذه شروط صحيحة يسن الوفاء بها، فان لم يف بها الزوج فللزوجة فسخ العقد[٤]، وذهب ابن تيمية إلى أن يجبر الزوج على تنفيذ الشرط[٥] .

القسم الثاني: شروط فاسدة وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: شروط يبطل معها النكاح وذلك في ثلاث حالات:

---

[١] الماوردي: الحاوي الكبير، ج٩، ص٥٠٦-٥٠٧. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٨٩.

[٢] الماوردي: الحاوي الكبير، ج٩، ص٥٠٧-٥٠٨. الشيرازي: المهذب، ج٤، ص١٦٢.

[٣] ابن قدامه: الكافي، ج٣، ص٤٠. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩١.

[٤] ابن قدامه: موفق الدين عبدالله بن احمد، المقنع في فقه الإمام السنة احمد بن حنبل ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، د.ط، ج٣، ص٤٤. ابن قدامه: الكافي، ج٣، ص٤٠. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٥٥. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص١٠٦. البهوتي: الروض المربع، ج٣، ص٨٧.

[٥] ابن تيمية: الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، ص١٨٤.

الحالة الأولى: وهو نكاح الشغار.

الحالة الثانية: نكاح المحلل وهو :"أن يتزوجها على انه إذا احلها لمطلقها الأول طلقها، وكذلك إذا تزوجها وعلق ابتداء الزواج على شرط كقوله :زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو شرط طلاقها في وقت.

الحال الثالثة: النكاح المؤقت :وهو زواج المتعة بان يتزوجها إلى مدة[1] .

النوع الثاني: شروط باطلة في نفسها، ويصح معها النكاح، كأن يشترط الزوج عليها أن لا مهر لها، أو لا نفقة لها عليه، أو أن نفقته عليها، أو ان يقسم لها في المبيت دون زوجاته، فهذه شروط باطلة لأنها تتضمن إسقاط حق يجب بالعقد قبل انعقاده[2] .

النوع الثالث: أن يشترط أحد الزوجين الخيار أو أن تشترط الزوجة أو وليها إن جاء بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما، وحكم الشرط انه باطل، وفي صحة النكاح روايتان: الأولى: إن النكاح صحيح وهي المذهب. والثانية: لا يصح النكاح[3] .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

عالج قانون الأحوال الشخصية الأردني موضوع الشروط في عقد الزواج في المادة(١٩) منه والتي تنص على:"**إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه لما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته وفقا لما يلي:**

١. إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة

---

(١) ابن قدامه: المقنع، ج٣، ص٤٨. ابن قدامه: الكافي، ج٣، ص٤٠-٤١. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٦١-١٦٣. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩٢، ص٩٥-٩٦.

(٢) ابن قدامه: الكافي، ج٣، ص٤٠. ابن قدامه: المقنع، ج٣، ص٤٩. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٦٥. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩٨.

(٣) ابن قدامه: المقنع، ج٣، ص٤٩. ابن قدامه: الكافي، ج٣، ص٤٢. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٦٦.

شرعا ولا يمس حق الغير، كان تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يجعل أمرها بيدها، تطلق نفسها إذا شاءت، أو أن يسكنها في بلد معين، كان الشرط صحيحا ملزما، فإذا لم يف به الزوج، فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

٢. إذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا، ولا يمس حق الغير، كان يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت، أو ان تسكن معه في البلد الذي يعمل فيه كان الشرط صحيحا ملزما، فان لم تف به الزوجة، فسخ النكاح بطلب من الزوج، واعفي من مهرها المؤجل، ومن نفقة عدتها.

٣. أما إذا قيد الشرط بما ينافي مقاصده، أو يلتزم به بما هو محظور شرعا، كان يشترط أحد الزوجين على الأخر أن لا يساكنه، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقاطع أحد والديه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

وقد اخذ القانون برأي الحنابلة في الأخذ بالشروط في عقد الزواج، ووجوب الوفاء بها، والأثر المترتب على عدم الوفاء بشرط الزوجة في فسخ العقد إذا لم يف به الزوج،[1] ولم اعثر -رغم البحث- على اصل فقهي لإعفاء الزوج من مهر الزوجة المؤجل ونفقة عدتها إذا لم تف بشرط الزوج.

---

[1] انظر: الأسباب الموجبة لوضع المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية. داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٥.

المطلب الثاني: اشتراط الزوجة على الزوج أن تجعل أمرها بيدها

وهذا المطلب يشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى:اتحاد مجلس التفويض والطلاق.

إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد زواجهما أن تطلق نفسها ووثق هذا الشرط في العقد فهل تملك الزوجة أن تطلق نفسها في غير مجلس العقد، أم أن هذا الشرط مقيد بمجلس العقد فقط؟.

اتفق الفقهاء على انه إذا فوض الزوج زوجته بتطليق نفسها متى شاءت أو كلما شاءت أو حيثما شاءت، فان الزوجة تملك تطليق نفسها في أي وقت تشاءوون تقييد في مجلس العقد[(١)] .

أما إذا كان التفويض مطلقا دون التقييد بمتى شاءت ونحوها فقد اختلف الفقهاء في ملك الزوجة إيقاع الطلاق بهذا التفويض على النحو التالي:

أولا: ذهب الحنفية إلى أن جميع صيغ التفويض من قول الزوج أمرك بيدك أو اختاري نفسك، أو أنت طالق إن شئت، أو طلقي نفسك، يتقيد فيها التفويض وملك الطلاق من الزوجة بمجلس التفويض فقط إذا كانت حاضرة وبمجلس علمها إذا كانت غائبة عن المجلس، فإذا قامت من مجلسها أو انقطع المجلس دون أن توقع الطلاق فلا تملك إيقاع الطلاق بعد انتهاء المجلس وينتهي تفويضها وملكها الطلاق بانتهاء المجلس[(٢)] .

ثانيا: وعند المالكية قولان: الأول كقول الحنفية وهو الذي رجحه ابن القاسم وعليه جمهور المالكية، والثاني: وهو الذي رجع إليه الإمام مالك أن الزوجة تملك الطلاق بعد المجلس ما لم توطأ طوعا بعد التفويض أو توقف من السلطان،

---

(١) السرقندي: تحفة الفقهاء، ج١، ص١٨٨. ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٣٣٦. الزيلعي: تبيين الحقائق، ج٣، ص١٠١. المواق: التاج والإكليل، ج٣، ص٣٩٦-٣٩٧. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٥. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٤٦٥. ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٨٩.

(٢) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٣٦-٢٤٠. السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٨٧-١٩١. ابن نجيم: البحر الرائق، ج٣، ص٣٣٦-٣٤٢. الزيلعي: تبيين الحقائق، ج٣، ص٩٤، ص٩٩.

حيث قالوا إذا سكتت ولم تجب فان السلطان إذا لم تختر بنفسها يوقفها وينهي التفويض[1] .

ثالثا: اختلف الشافعية في حقيقة التفويض على قولين:

القول الأول: انه تمليك ويبنى عليه أنها لا تملك التطليق إلا في المجلس وهو الصحيح في المذهب.

والثاني: انه توكيل وعليه فلا يشترط المجلس[2] .

رابعا: فرق الحنابلة في اشتراط اتحاد مجلس التفويض والطلاق في المجلس والطلاق حسب صيغة التفويض، حيث ذهبوا في تفويض الطلاق بقول الزوج: "أمرك بيدك" بان أمر الطلاق يبقى بيد الزوجة سواء كان في المجلس أو لا؟ ما لم يفسخ الزوج أو يطأها وهو المذهب[3] .

أما إذا كان التفويض بقول الزوج:"اختاري نفسك" فالمذهب أن لها أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس فإذا انتهى المجلس فليس لها أن تطلق بعده وفي قول انه على التراخي أيضا[4] .

أما إذا كان التفويض بقول الزوج:"طلقي نفسك" ففيه وجهان: أحدهما انه على التراخي ولها أن تطلق نفسها بعد المجلس ما لم يفسخ أو يطأها وهو الصحيح. والثاني: إن لها أن تطلق نفسها في المجلس فقط[5].

وقد تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية في قراراتها (١٦٧٠١) تاريخ ١٩٧١/٧/١٧ [6] والقرار رقم (١٩٧٣٠) تاريخ ١٩٧٧/١٠/١٥[7] والقرار رقم

---

(١) المواق: التاج والإكليل، ج٣، ص٣٩٦. ابن جزي: القوانين الفقهية، ص٢٣٨.

(٢) الغزالي: محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، تحقيق: محمد محمد تامر، ج٥، ص٣٨٣. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٤٦٥.

(٣) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٨١. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٤٩٢.

(٤) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٨٧. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٣٩٦.

(٥) المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص٤٩٦.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٩.

(٧) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٠.

(٣٥٣٠٤) تاريخ ١٩٩٣/١/٣١[١] وقررت فيها أن اشتراط الزوجة في عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها ولها أن تطلق نفسها، وقبول الزوج بذلك إذا لم تشتمل صيغة التفويض على ما يفيد الاستمرار والدوام، فان الزوجة لا تملك الطلاق إلا في مجلس التمليك فقط، وبعد انتهاء المجلس يسقط حقها في إيقاع الطلاق، حيث جاء في القرار (١٦٧٠١):"ذكر العلامة الكاساني في كتابه "بدائع الصنائع" الجزء الثالث صفحة ١١٣و١١٤و١١٦ و١٧ جعل الأمر باليد لا يخلو إما أن يكون منجزا أو أن يكون معلقا بشرط، واما أن يكون مضافا إلى وقت، والمنجز لا يخلو أما أن يكون مطلقا أو يكون مؤقتا، فان كان مطلقا بان قال: أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس، وهو مجلس علمها بالتفويض، فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها، حيث أنها صارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج والزوج يطلب جواب التمليك في المجلس، والقيام من المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتميلك دلالة، ولان المالك لما طلب الجواب في المجلس، فان الزوجة لا تملك الجواب في غير المجلس لانه ما ملكها في غيره، أما إذا أضيف إلى صيغة التفويض والتمليك عبارة تفيد الدوام والاستمرار، بان تشترط عليه بان يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت فتملك في هذه الحالة تطليق نفسها في أي وقت تشاء مرة واحدة إلا إذا كانت عبارة التفويض فيها ما يدل على التكرار مثل كل ما شاءت". إن الشرط المدون في الوثيقة التي تصادق عليه الطرفان ينص على أن الزوجة "اشترطت أن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها بيدها" ولم تشتمل على ما يفيد تمليك الطلاق في أي وقت تشاء، فصارت مالكة للطلاق بتميلك الزوج، وجواب التمليك مقيد بالمجلس، كما اجمع عليه الفقهاء"[٢] .

كما جاء في القرار (١٩٧٣٠):" إن المدعية طلبت في دعواها فسخ عقد النكاح بينها وبين زوجها المدعى عليه، تنفيذا لشرطها عليه حين العقد(أن تكون العصمة بيدها) وفق ما هو مدون في وثيقة العقد المبرزة، وقد اقر المدعى عليه

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٨.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٨.

بما ذكر، وبما أن التفويض بالطلاق كما نصت عليه المصادر الفقهية المعتبرة، إما أن يكون مقيدا بمدة معينة، فلها أن تطلق نفسها خلال المدة المذكورة، أو أن يكون مقترنا بما يدل على التعميم في كل الأوقات ، فلها أن تطلق نفسها في أي وقت تشاء، أو أن يكون التفويض مطلقا، أي ليس مقيدا بزمن معين أو بما يفيد التعميم، فان هذا التفويض بالطلاق يكون مقيدا بالمجلس الذي تم فيه التفويض فلها أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس، أما بعده فلا، ويسقط حقها بإيقاع الطلاق"[1] .

ردود واعتراضات:

وللباحث على اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الاعتراضات التالية:

أولا: إن المحكمة قد طبقت ما جاء في باب التفويض في المذهب الحنفي، على ما جاء في باب الشرط في قانون الأحوال الشخصية، وهناك فرق شاسع بين هذين الموضوعين المختلفين، فالحنفية عندما قرروا أحكام التفويض وتمليك الطلاق، كانوا يتحدثون عن رجل فوض لزوجته تطليق نفسها من تلقاء نفسه، وليس عن امرأة لم تقبل بالزواج ابتداء إلا بهذا الشرط.

ثانيا: إن قانون الأحوال الشخصية قد اخذ بمبدأ إقرار الشروط في عقد الزواج من المذهب الحنبلي، كما صرحت بذلك الأسباب الموجبة لوضع المادة (١٩) منه، والمذهب الحنبلي فرق في اشتراط إيقاع الطلاق في نفس مجلس التفويض حسب صيغة التفويض، واقرب الصيغ التي ذكرها الحنابلة إلى الصيغة المستعملة في المحاكم هي "أمرك بيدك"، والمعتمدة في المذهب الحنبلي بأن الزوجة في هذه الصيغة تملك إيقاع الطلاق بعد مجلس التمليك[2].

ثالثا: قصد العاقدين مرعي في العقد وإن هذا التفويض يكون قد اتفق عليه الزوجان قبل إجراء عقد الزواج، على انه شرط للزوجة، وليس على سبيل

---

[1] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٩.

[2] ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٨٧. المرداوي: الإنصاف، ج٨،ص٣٩٦.

أنه تفويض بالطلاق أي انه لا يكون إيقاع الطلاق إلا في نفس المجلس، فلو كان قصد الزوجة من هذا الشرط إيقاع الطلاق على نفسها في نفس مجلس العقد لما طلبته أصلا قبل إجراء العقد ولما أقدمت ابتداء على إجراء عقد الزواج مع اشتراطها هذا الشرط، إنما كان قصد الزوجين ابتداء قبل إجراء العقد أن تملك الزوجة تطليق نفسها مستقبلا، في الوقت الذي تشاء ولو كان التفويض مطلقا وليس فيه ما يغير الدوام والاستمرار كما حصل فعلا في القرار رقم (١٩٧٣٠) حيث جاء في صيغة التفويض فيه "أن تكون العصمة بيدها" ولم تفيد هذه الصيغة بوقت ولا أضيف إليها ما يدل على الدوام والاستمرار، إلا أن الطرفين تصادقا على أن الزوجة تملك تطليق نفسها من زوجها متى شاءت وإن هذا التصادق كما قررت محكمة الاستئناف يلزمهما[١] . وهذا مقصود كل زوجة تشترط هذا الشرط وتسجله في عقد زواجها قبل إجراء العقد.

رابعا: إن ما ذكرته محكمة الاستئناف في قرارها (١٦٧٠١) من أن اشتراط اتحاد مجلس التفويض وإيقاع الطلاق في نفس المجلس، بأنه محل إجماع الفقهاء، أمر غير مسلم، وغير صحيح وقد بينا أراء الفقهاء في المسألة[٢] .

خامسا: إن هذا التفويض ورد في عقد الزواج على انه شرط للزوجة، وبموجبه تملك تطليق نفسها، وتقتضي المادة ١٩ من القانون أن يخالف الزوج شرط الزوجة، وهذا الشرط لا يتصور من الزوج أن يخالفه، لان من ملكها الطلاق لا يجوز له أن يرجع عن هذا التمليك[٣]، وبالتالي فان وضع هذا التفويض في المادة الخاصة بالشرط غير صحيح، وكان الأجدر أن يفرد بمادة مستقلة تعالج أحكامه ويمكن اخذ حكم اتحاد المجلس من المذهب الحنبلي رعاية لعقد العاقدين..

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٩.

(٢) انظر صفحة (١٧٥).

(٣) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٣٦.

المسألة الثانية: فسخ العقد لاشتراط الزوجة أن تكون عصمتها بيدها:

إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها، وتطلق نفسها سواء كان هذا الشرط مطلقا أو مؤقتا أو مضافا إليه عبارة تفيد الدوام والاستمرار، فهل لها أن تطلب فسخ عقد الزواج لمجرد وجود هذا الشرط في قسيمة العقد وإن لم يرد من الزوج مخالفة لهذا الشرط؟

قررت محكمة الاستئناف الشرعية أن مجرد وجود هذا الشرط في قسيمة عقد الزواج فإن للزوجة الحق في طلب فسخ عقد الزواج وإن لم يوجد من الزوج ما يخالف هذا الشرط، وذلك في قرارها رقم (١٦٧٠١) تاريخ ١٩٧١/٧/١٧م[1] والقرار رقم (١٩٧٣٠) تاريخ ١٩٧٧/١١/١٥م[2] والقرار رقم (٢٩٤٠٧) تاريخ ١٩٨٨/١١/٣م[3] والقرار رقم (٣٥٣٠٤) تاريخ ١٩٩٣/١/٣١م[4] والقرار رقم (٣٨٣٨٤) تاريخ ١٩٩٥/١/٣١م[5] والقرار رقم (٤٠٧٦٨) تاريخ ١٩٩٦/٦/٢٤م[6] والقرار رقم (٤٥٤٠٤) تاريخ ١٩٩٨/٨/١٨م[7] والقرار رقم (٤٥٨٩١) تاريخ ١٩٩٨/١٠/٣١م والذي جاء فيه "إن وثيقة عقد الزواج الجارية بين المدعية والمدعى عليه قد اشتملت على شرط لها قبل به وهو (أن تكون العصمة بيدها تطلق نفسها متى شاءت) ويترتب على ذلك سبيلان للزوجة المدعية ان تختار منهما ما تريد سلوكه، فإذا أرادت استعمال الشرط بموجب ما جاء في المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية التي جعلت للزوجة حق طلب فسخ العقد وطلبت الفسخ، فالمحكمة في مثل هذه الحالة تجيبها لطلبها، وتطبق ما تضمنت المادة المشار إليها ، وإذا رغبت في إيقاع الطلاق من قبلها بحق التمليك الذي فوضها به الزوج حين العقد، فلها أن تستعمله في أي وقت ما دام هذا الشرط يفيد

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٩.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٠.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٥.

(٤) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٨.

(٥) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٨.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٩.

(٧) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٨١.

الدوام والاستمرار، وفقا للنصوص الفقهية ومنه ما ذكره العلامه الكاساني في كتابه (بدائع الصنائع) الجزء الثالث صفحة (١١٣، ١١٤، ١١٦، ١١٧) وهذا ما سارت عليه وعملت به هذه المحكمة الاستئنافية الشرعية في العديد من قراراتها (انظر القرارات الاستئنافية ١٦٤٩٠ و ١٦٥٠٨ و ١٩٧٣٠ و ٢٩٤٠٧ و ٤٠٩٧٦ وغير ذلك مما له علاقة بالموضوع"[١] .

كما جاء في القرار (٤٠٧٦٨):"إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج ان تطلق نفسها متى شاءت ووافق الزوج على ذلك، فلها ان تطلق نفسها استقلالا لهذا الشرط وفي هذه الحالة تقع طلقة رجعية ولها أن تطلب الفسخ".[٢]

وجاء في القرار (٣٨٣٨٤) تاريخ ١٩٩٥/١/٣١م :"إن المدعية اشترطت في عقد الزواج (أن تكون عصمتها بيدها) وقبل المدعى عليه بهذا الشرط، وهذا الشرط يخول المدعية طلاق نفسها في مجلس العقد، فإذا انتهى المجلس دون استعمال الشرط، فلا يحق لها طلاق نفسها بعد المجلس، وإنما ينحصر حقها بطلب فسخ عقد الزواج، استعمالا للشرط المذكور، انظر القرارات الاستئنافية (١٦٧٠١ و ١٧٤٨٤ و ٣٥٣٠٤ وغيرها من القرارات المتعلقة بهذا الموضوع) لذلك كان الحكم في فسخ عقد الزواج الجاري بين المتداعيين تنفيذا للشرط صحيحا وموافقا للوجه الشرعي"[٣] .

كما جاء في القرار رقم (٢٩٤٠٧):"إن المدعية قد حددت دعواها وعينتها بطلب فسخ عقد الزواج الجاري بينها وبين زوجها الداخل بها المدعى عليه، بموجب وثيقة الزواج، وذلك عملا بالشرط الوارد فيها، ونصه (اشترطت الزوجة على زوجها ان تكون عصمتها بيدها، فوافق الزوج على ذلك) وبما ان هذا الشرط صحيح وملزم، وللزوجة حق الاختيار استعماله تطليقا أو ان تطلب فسخ

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٨١.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٩.

[٣] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٨.

العقد بموجبه إذا أرادت ذلك، وفقا لما جاء في الفقرة (أ من المادة ١٩) من قانون الأحوال الشخصية، انظر القرار (١٦٧٠١) تاريخ ١٩٧١/٧/١٧ وغيره، لهذا فقد كان الحكم بفسخ عقد النكاح بين الزوجة المدعية وزوجها الداخل بها المدعى عليه على الوجه المذكور صحيحا".[١]

والمتمعن في نص المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية التي استندت إليها المحكمة في قراراتها المشار إليها ، بإعطاء الزوجة حق طلب فسخ العقد لمجرد اشتراطها أن تجعل أمر الطلاق بيدها في عقد الزواج يجد أنها اشترطت عدة شروط لجواز فسخ العقد وسنبين هذه الشروط ومدى انطباق هذه الشروط مع مسألتنا هذه.

الشرط الأول: أن يكون الشرط نافعا لأحد الزوجين. ولا شك أن هذا الشرط فيه منفعة للزوجة.

الشرط الثاني: أن لا يكون الشرط منافيا لمقاصد عقد الزواج. وشرط الزوجة المشار إليه لا ينافي مقاصد عقد الزواج.

الشرط الثالث: أن لا يلتزم بالشرط بما هو محظور شرعا. وشرط الزوجة ليس فيه مخالفة شرعية.

الشرط الرابع: أن يسجل الشرط في وثيقة عقد الزواج. وشرط الزوجة في القرارات السابقة وثق في عقد الزواج.

الشرط الخامس: أن لا يفي الزوج بشرط الزوجة. وهذا الشرط غير متحقق في حق الزوج في هذه المسألة إذ انه قد فوض للزوجة تطليق نفسها، وبإمكانها تطليق نفسها استعمالا لهذا الشرط، ولم يحصل من الزوج ما يخالف هذا الشرط، وحق الزوجة في فسخ العقد مقيد بعدم وفاء الزوج بالشرط، وبالتالي فلا حق للزوجة في فسخ عقد الزواج طالما أن الزوج لم يأت بما يخالف الشرط.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٥.

وعليه فان الباحث يرى إن اجتهاد المحكمة في المسألة في القرارات السابقة كان اجتهادا خاطئا وجانبه الصواب، وبقيت محكمة الاستئناف تسير في قضائها وفق هذا الاجتهاد منذ اقدم قراراتها بهذا الخصوص منذ عام ١٩٧١ وحتى تنبهت أخيرا أن اجتهادها هذا لا يتفق مع ما اشترطته المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية في أحكامها السابقة، وذلك في قرارها رقم (٥٥٣٢٩) تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٠ في الدعوى رقم (٢٠٠٢/٥٥٩) المسجلة لدى محكمة اربد الشرعية الشمالية[١] والذي جاء فيه "بتطبيق نص المادة المذكورة على الشرط المدون في عقد الزواج (أن تكون العصمة بيدها وان تطلق نفسها منه متى شاءت ووافق الزوج) نجد أن القيود التي ذكرتها المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية متوافرة وبناء على ذلك فهذا الشرط صحيح معتبر لكن المادة المذكورة اشترطت لفسخ العقد بالشرط عدم وفاء الزوج به، ولما كان الزوج قد وافق عليه فيكون قد وفى به، ولا محل للقول بعدم الوفاء به، وبناء على ذلك فإنها لا تملك فسخ عقد الزواج لهذا الشرط وان وجود اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها كمثال في المادة (١٩) المذكورة إنما هو مثال على الشروط الصحيحة وما دام أن هذا الشرط صحيح فإنها تستطيع استعمال هذا الشرط بان توقع الطلاق على نفسها، لان الزوج قد ملكها هذا الحق بموافقته على الشرط كما أن المدعية اشترطت في قسيمة العقد أن تطلق نفسها لا أن تفسخه فيجب التقيد بمنطوق الشرط، والمثال الوارد في المادة (١٩) من القانون المذكور أعطى المرأة حق اشتراط أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها ولم ينص على إعطائها حق اشتراط فسخ العقد لهذا كان حكم المحكمة الابتدائية بفسخ عقد النكاح الجاري بين المتداعيين للشرط الوارد فيه غير صحيح فتقرر فسخه.

وهذا الاجتهاد موافق للصواب ويتفق مع ما اشترطته المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية.

---

[١] القرار غير منشور.

المطلب الثالث: اشتراط الزوجة شرطا لنفسها وتنازلها عن الشرط واشتراطها شرطا بعد العقد.

هذا المطلب يشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: تنازل الزوجة عن شرطها

إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا لنفسها على زوجها، كاشتراطها ان تسكن في منزل مستقل بعيد عن ضرتها، ورضي الزوج بهذا الشرط، فخالف الزوج الشرط بموافقة الزوجة ورضاها، لتنازلها عن شرطها، ثم طلبت الزوجة فسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بالشرط، فدفع الزوج دعواها بان مخالفته للشرط كان لتنازلها عنه، فهل يقبل هذا الدفع؟.

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذه المسألة، وقررت محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (٢١٩١٠) تاريخ ٢٩/١/١٩٨١[١] والقرار رقم (٢٢٤٠٤) تاريخ ٢٠/٩/١٩٨١[٢] إن هذا الدفع مسموع ومقبول فإذا اثبت الزوج ادعاؤه ترد دعوى الزوجة لتنازلها عن شرطها، حيث جاء في القرار رقم (٢٢٤٠٤) "إن المدعى عليه قد عجز عن إثبات دفعه تنازل المدعية عن الشرط المذكور المدون في وثيقة عقد زواجهما المبرزة، وأنها رضيت بالسكن مع ضرتها، ولم يرغب بتحليفها اليمين لهذا فقد كان الحكم بفسخ عقد الزواج بين المدعية وزوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي لعدم وفائه بالشرط المذكور صحيحا".[٣]

ومن خلال القرار السابق فلو لم يكن دفع الزوج صحيحا ومقبولا لم يكن ليجري فيه التكليف بإثباته ولا تحليف المدعية في حال عجزه عن الإثبات.

وهذا الاجتهاد متفق مع ما عليه المذهب الحنبلي من أنها إذا رضيت بمخالفة الشرط أسقطت حقها فان حقها في الفسخ يسقط، ولكن هل لها الرجوع إلى حقها

---

[١] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٠.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧١.

[٣] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧١.

مرة اخرى؟ الراجح في المذهب أنها إذا أسقطت حقها فانه يسقط مطلقا[1] .

وعليه فان الباحث يرى بان هذا الاجتهاد صحيح ومتفق مع ما عليه المذهب الحنبلي المستمد منه أحكام التفريق للشرط.

المسألة الثانية: اشتراط الزوجة شرطا بعد إجراء العقد.

إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا بعد إجراء عقد الزواج ورضي الزوج بالشرط، ولم يسجل في قسيمة الزواج، وخالف الزوج الشرط، ولم يف به، فهل للزوجة الحق في طلب فسخ عقد الزواج لمخالفة الزوج هذا الشرط وعدم الوفاء به، وهل ينطبق على هذا الشرط، أحكام المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية؟.

نصت المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية" على إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الزوجين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم به لما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته".

وكما هو واضح من نصا المادة فيجب أن يكون الشرط في العقد عند إجرائه وان يسجل الشرط في قسيمة الزواج، وقد التزمت محكمة الاستئناف بذلك في قرارها رقم (٣٨٣٦٣) تاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٩[2] والذي جاء فيه:" **بان العقد قد جرى في (١٩٨٥/٩/١٢) وان الشرط قد سجل بموجب حجة إقرار لدى المحكمة الشرعية بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٧ وبالتالي لا ينطبق نص المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية على هذا الشرط ولا يمكن فسخ العقد لعدم وفاء الزوج بالشرط**".

وهذا أيضا متفق تماما مع ما قرره فقهاء المذهب الحنبلي، من ان الشروط المعتبرة في عقد الزواج والتي يفسخ العقد عند مخالفتها هي الشروط المذكورة في صلب العقد، وكذلك الشروط المتفق عليها قبل إجراء العقد لا الشروط التي يتفق

---

[1] المرداوي: الانصاف، ج٨، ص١٥٦. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩١.
[2] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٧٤.

عليها بعد أجراء العقد[١] .

وعليه فان الباحث يرى أن قرار المحكمة موافق للصواب ومتفق مع ما عليه القانون والمذهب الحنبلي.

[١] ابن قدامه: المقنع، ج٣، ص٤٤. المرداوي: الإنصاف، ج٨، ص١٥٤. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٩٠. البهوتي: الروض المربع، ج٣، ص٨٦. ابن تيمية: الاختيارات الفقهية، ص١٨٤. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص١٠٦.

المبحث الثالث

الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بدعوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل.

المطلب الثاني: مسامحة ولي الزوجة بالمهر.

المطلب الثالث: إقرار الولي بقبض مهر الزوجة المعجل.

المطلب الأول: التعريف بدعوى فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل.

أولا: تعريف المهر، وفيه فرعان:

الفرع الأول: المهر لغة: مهر المرأة مهرا جعل لها مهرا أو أعطاها مهرا والمهر صداق المرأة وجمعه مهور[١] .

الفرع الثاني: المهر اصطلاحا: عرفه الحنفية بأنه المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد[٢] .

وعرفه المالكية بأنه ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها[٣] .

وعرفه الشافعية بأنه اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء[٤].

وعرفه الحنابلة بأنه العوض المسمى في النكاح[٥] .

ويلاحظ أن تعريف الحنفية والمالكية والحنابلة لا يشمل ما يجب على الرجل إذا وطء غير زوجته بشبهه.

كما أن تعريف الحنابلة لم يشمل مهر المثل إذا لم يسم للزوجة مهر في العقد، وان تعريف المالكية جعل المهر مقابل الاستمتاع مع انه يجب بالعقد وان لم يتم استمتاع كما إذا طلقها قبل أن يستمتع بها.

---

(١) الفيروز ابادي: القاموس المحيط، ج٢، ص١٣٦. المعجم الوسيط: ج٢، ص٨٩٦ باب الميم.

(٢) البابرتي: العناية، ج٣، ص٢٠٤.

(٣) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٤٢٨. الدردير: الشرح الكبير، ج٣، ص١٣٠.

(٤) النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٧٥.

(٥) ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٤٧.

وعليه فان الباحث يرى أن تعريف الشافعية هو الراجح، فقد جاء شاملا للمهر المسمى مهر المثل وشاملا لما يجب من المهر إن كان ذلك بسبب الوطء بشبهه أو بالنكاح الفاسد بعد الدخول ولم يقيد المهر مقابل منافع البضع، كما عرفه الحنفية أو مقابل الاستمتاع بها كما قيده المالكية.

ثانيا: حكم الإعسار بالمهر

إذا اعسر الزوج بمهر زوجته الحال المعجل، وعجز عن دفعه لها، فهل لها ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها لعجزه عن دفع مهرها؟.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول : ذهب الحنفية[1] وهو قول في المذهب الشافعي[2] وقول ابن حامد من الحنابلة[3] وذهبوا إلى انه لا يجوز التفريق بين الزوجين لإعسار الزوج وعجزه عن دفع مهر زوجته المعجل، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وانما للزوجة أن تمنع نفسها من الزوج قبل الدخول لحين دفع مهرها المعجل.

الرأي الثاني: ذهب المالكية[4] والشافعية[5] وهو المذهب والحنابلة[6] في المعتمد أن للزوجة الحق في طلب التفريق عن زوجها لعجزه عن دفع مهرها المعجل قبل الدخول.

أما بعد الدخول فقد منع المالكية التفريق للعجز عن دفع المهر[7] وهو قول

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٨٨. الجزيري: عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ط، دس، ج٤، ص١٦٣. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢٩، ص٥٧.

(2) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٥٣. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٣.

(3) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٧٢.

(4) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٤٣٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٣٩. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٣. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٨٣. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٣٦. الكشناوي: جمعه أبو بكر بن حسن، اسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبطه محمد عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥، ج١، ص٣٩٤.

(5) الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٣. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص١٨٣.

(6) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٧٢. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٧٧.

(7) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٤٣٧. الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٣٩. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٣. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٨٣. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٣٦. الكشناوي: اسهل المدارك، ج١، ص٣٩٤.

عند الشافعية[1] وعند الحنابلة في التفريق بعد الدخول قولا ن مبنيان على قولهم في حقها في منع نفسها من الزوج لحين دفعه مهرها المعجل بعد الدخول، فان كان لها الحق بمنع نفسها فلها الحق بالتفريق، وان كان ليس لها منع نفسها فليس لها طلب التفريق[2] .

وقد حدد المالكية خطوات التفريق بين الزوجين للعجز عن دفع المهر المعجل فقالوا إذا طالبت الزوجة الزوج بالمهر المعجل فادعى الإعسار عن دفعه فان كان له مال ظاهر اخذ المهر من ماله وأمر بالبناء[3] .

وان لم يكن له مال وصادقته على عسره أو كان له بينة أخرى على الإعسار تلوم له القاضي ثلاثة عشر شهرا[4] .

وان لم تصادقه الزوجة على عسره ولم يكن له بينة اجله القاضي ثلاثة أسابيع لإثبات إعساره، فان أثبته بالبينة تلوم له القاضي ثلاثة عشر شهرا إن رجي له مال[5].

وان لم يرج له مال يتلوم له أيضا على المعتمد، وان لم يحضر بينة بعد ان أمهله القاضي لإثبات إعساره وجهل حاله، يحبسه القاضي حتى يستبرأ أمره، ثم يتلوم له ثلاثة عشر شهرا[6] فان انتهى اجل التلوم ولم يأت بالمهر طلق عليه القاضي[7].

---

(1) الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٥٣. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٣.

(2) ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٧٢. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٧٧.

(3) الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٣. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٣٦.

(4) الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٣٩. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٣٦.

(5) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٤٣٦. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠.

(6) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٨٣. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٢. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠.

(7) الدردير: الشرح الصغير، ج٢، ص٤٣٦. الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٢. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص١٨٣.

نوع الفرقة وحاجتها إلى القضاء:

اتفق القائلون بجواز التفريق للإعسار عن دفع المهر المعجل قبل الدخول على ان هذه الفرقة تحتاج إلى قضاء القاضي لانه حكم مجتهد فيه[1] .

واختلفوا في نوع الفرقة فذهب المالكية إلى أنها فرقة بطلاق بائن[2] وذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أنها فرقة فسخ.

موقف قانون الأحوال الشخصية:

عالج قانون الأحوال الشخصية موضوع عجز الزوج عن دفع المهر المعجل في المادة (١٢٦) منه والتي تنص على:" **إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج والقاضي يمهله شهرا فإذا لم يدفع المهر يفسخ النكاح بينهما، أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له مال يمكن تحصيل المهر منه، فانه يفسخ بدون إمهال".**

---

[1] الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٤٠. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١٠. الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٣. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٣. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٧٢. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٧٧.

[2] الحطاب: مواهب الجليل، ج٥، ص١٨٣. الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج٣، ص١٤٠. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣١١.

[3] الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٣. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٨٣.

[4] ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٧٢. ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٧٧.

المطلب الثاني: مسامحة ولي الزوجة بالمهر

إذا سامح ولي الزوجة الزوج بمهر الزوجة المعجل وطلبت الزوجة فسخ عقد الزواج لعجز الزوج عن دفع مهرها المعجل فدفع الزوج الدعوى بان ولي الزوجة قد سامحه بمهرها المعجل، فهل يعتد بهذا الدفع ويقبل ، وهل لولي الزوجة المسامحة بمهر الزوجة المعجل؟.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول : وبه قال الحنفية[1] والشافعية في الجديد من المذهب[2] والحنابلة وعليه المذهب[3] وذهبوا إلى انه ليس للولي مسامحة الزوج بمهر الزوجة، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، بكرا أو ثيبا، محجورة أو رشيدة، وسواء كان الولي أبا أو جدا أو غيرهما من الأولياء.

الرأي الثاني: وبه قال المالكية[4] والشافعية في القديم [5] ورواية عن احمد والظاهر انه عاد عنها[6] ذهبوا إلى أن للولي العفو والمسامحة عن مهر الزوجة بشروط هي: [7]

١. أن يكون الولي صاحب ولاية إجبار.

٢. أن تكون الزوجة بكرا.

---

(١) السرخسي: المبسوط، ج٦، ص٦٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٩٠. الفتاوى الهندية، ج١، ص٣٤٨. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٣٨.

(٢) الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٩٧.

(٣) ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٥٧-١٥٨. ابن مفلح: الفروع، ج٥، ص٢٨٥-٢٨٦.

(٤) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣٧٣. العدوي: حاشية العدوي، ج٤، ص٣٧٣. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص٢٢٥-٢٢٦. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٦٥-٤٦٦.

(٥) الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٠. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٩٧.

(٦) ابن مفلح: المبدع، ج٧، ص١٥٨.

(٧) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣٧٣. العدوي: حاشية العدوي، ج٤، ص٣٧٣. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص٢٢٥-٢٢٦. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٦٥-٤٦٦. الشيرازي: المهذب، ج٤، ص٢١٠

٣. أن يكون الإبراء قبل الدخول لا بعده.

٤. أن يكون الإبراء بعد الطلاق لا قبله على رأي الإمام مالك، وقال ابن القاسم يجوز قبل الطلاق إن كان لمصلحة، ووفق بعض المالكية بين القولين بأن حمل قول الإمام على عدم وجود مصلحة وقول ابن القاسم على وجود مصلحة، وزاد المالكية أن للولي العفو عن مهر الثيب الصغيرة، واشترط الشافعية في البكر أن تكون صغيرة أو مجنونة، واما الرشيدة فلا يجوز العفو عن مهرها عندهم.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (٦١) منه على:" **المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه**" إلا انه لم يتعرض إلى مسامحة وعفو الولي عنه، وقد قررت محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (١١٢٧٩) تاريخ ١٩٦١/١/١٦ ان والد الزوجة لا يملك حق المسامحة بالمهر أو بعضه أو تأجيله، وإذا سامح الولي أو اجله فلا يعتد بذلك.

وقد جاء في القرار:"**يفسخ العقد إذا عجز الزوج عن دفع كامل المهر المعجل أو جزء منه ولوالد الزوجة البكر حق قبض مهرها والإقرار بقبضه ولو لم توكله بذلك، ولا يملك والد الزوجة حق المسامحة بالمهر أو بعضه، ولا تأجيله، وإذا فعل شيئا من هذا فلا يعتبر** ".[1] .

وعليه فان الباحث يرى أن اجتهاد المحكمة في هذه المسألة قد التزم برأي مذهب الحنفية وبرأي جمهور الفقهاء وهو اجتهاد موافق للصواب وللمادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

---

[1] داود: القرارات الاستئنافية، ج٢، ص٣٥٠.

المطلب الثالث: إقرار الولي بقبض مهر الزوجة المعجل

إذا اقر ولي الزوجة عند إجراء عقد زواجها، في قسيمة عقد الزواج بأنه قبض مهر الزوجة المعجل، وأقامت الزوجة دعوى طلب فسخ عقد الزواج للعجز عن دفع المهر المعجل، فدفع الزوج دعواها بالإقرار الوارد من وليها في قسيمة عقد الزواج بان الولي قد قبض المهر وانه بريء الذمة من المهر فهل يعتد بهذا الدفع ويسار به؟.

هذا الدفع مبني على حق الولي في قبض مهر الزوجة، وبالتالي صحة إقراره بالقبض هل كانت عن ولاية صحيحة له في القبض؟.

أجاز قانون الأحوال الشخصية الأردني للأب والجد من الأولياء قبض مهر الزوجة البكر، ولو كانت كاملة الأهلية، ما لم تنه الزوجة الزوج عن الدفع إلى الولي، في المادة (٦٤) منه[1].

وقد اخذ القانون في ذلك برأي الحنفية[2] إلا انه لم يتعرض لقبض الولي لمهر الزوجة الثيب، وعليه فيطبق بحقها نص المادة (١٨٣) من القانون والذي يأخذ برأي الحنفية[3] الذين جعلوا للزوجة الثيب وحدها حق قبض مهرها، ولا ولاية لأحد في قبض مهرها إلا بتوكيل منها[4].

---

(١) تنص المادة (٦٤) على "ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان ابا أو جدا لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه".

(٢) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص١٦٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٤٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٦٩.

(٣) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص١٦٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٤٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٦٩.

(٤) أجاز المالكية للولي المجبر ولوصي المال، حق قبض مهر المرأة، فان لم يكن لها ولي ولا وصي وهي رشيدة فهي التي تقبض مهرها، ولا يقبضه غيرها إلا بتوكيل، وإذا كانت سفيهه فلوليها غير المجبر قبض مهرها، فان لم يكن ولي ولا وصي قبضه الحاكم أو من ينيبه، فان لم يكن حاكم فجماعة المسلمين، ولا تقبضه هي ولو عانسا. وأجاز الشافعية والحنابلة للولي قبض مهر الصغيرة والمجنونة والسفيه، ومنعوا الولي من قبض مهر الزوجة البالغة الرشيدة البكر والثيب. انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج٤، ص٣٧٥. المواق: التاج والإكليل، ج٥، ص٢٢٦. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٢، ص٤٦٣-٤٦٤.

وعليه فان إقرار الأب والجد بقبض المهر إقرار معتبر وصحيحا ونافذ في حق الزوجة البكر، أما إقرار غيرهما من الأولياء فلا ينفذ على البكر والثيب، لان هذا الحق مقصور على الأب والجد، وكذلك الأمر إذا نهت الزوجة البكر الزوج عن دفع مهرها إلى والدها أو جدها، فان الزوج لا يبرأ مع نهيها عن دفع المهر لهما، وقد جعل الحنفية لوصي المال حق قبض مهر الزوجة المحجورة، دون أولياء الزواج على الأب والجد إذا لم يكن لها ولي أب أو جد وتزوجت بولاية غيرهما من الأولياء[١].

إلا انه غالبا ما تحدث ولاية قبض مهر الزوجة للأولياء عامة عن طريق توكيل الزوجة لهم بقبض المهر، فيقر الولي بصفته وكيلا عن الزوجة وليس بموجب ولايته عليها بأنه قد قبض مهرها من الزوج، وبالتالي فان إقراره هذا يكون بموجب ولاية معتبرة، بموجب الوكالة ويكون إقراره صحيحا ونافذا.

فإذا صدر هذا الإقرار من الولي كالأب والجد في حق البكر، ومن باقي الأولياء بموجب توكيل الزوجة لهم وقبض مهرها ووثق ذلك في عقد الزواج وتمسك الزوج بهذا الإقرار وصحته، وانه دفع مهر الزوجة للولي أو الوكيل إلا ان الولي أو الوكيل قد اقر بصدور هذا الإقرار منه، إلا انه ادعى بأنه كان كاذبا في إقراره بالقبض وانه لم يقبض فعلا مهر الزوجة من الزوج، فما الإجراء في مثل هذه الحالة؟.وهل يقبل قول الزوج المستند إلى إقرار الولي الموثق بعقد الزواج، وهل يقبل ادعاء ولي الزوجة أو وكيلها بكذب إقراره هذا؟.

تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية لهذه المسألة في القرار رقم (٤٠٥٨٤) تاريخ ١٩٩٦/٥/٢٢[٢]،والقرار رقم (٤٢١٠٤) تاريخ ١٩٩٧/١/٢٥[١]، اللذين

العدوي: حاشية العدوي، ج٤، ص٣٧٦. الرافعي: العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص٣٤٣. النووي: روضة الطالبين، ج٥، ص٥٤٥. الشربيني: مغني المحتاج، ج٤، ص٣٦٦. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص١٦٨. ابن مفلح: الفروع، ج٥/ ص١٦٦.

[١] ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص١٦٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٤٤. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٦٩.

[٢] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٠.

صدرا في الدعوى نفسها، حيث ورد في قسيمة عقد زواج المتداعيين :بان وكيل الزوجة بالعقد وقبض المهر شقيقها، اقر باستلام مهر الزوجة من الزوج، ولم تحقق المحكمة الابتدائية في ذلك، وحكمت بفسخ عقد الزواج إلا ان محكمة الاستئناف فسخت الحكم بالقرار الثاني المشار إليه وأعيدت القضية إلى المحكمة الابتدائية وحققت المحكمة الابتدائية بهذا الموضوع وادعى وكيل الزوجة شقيقها انه عندما اقر بقبض مهر الزوجة المعجل كان كاذبا في إقراره إلا أن الزوج غاب بعد ذلك عن المحاكمة وقررت المحكمة الابتدائية فسخ العقد، لان الزوج لم يدفع ما ادعى به ولي الزوجة وكيله، إلا أن محكمة الاستئناف الشرعية قررت: بأنه كان على المحكمة الابتدائية أن تفهم وكيل الزوجة شقيقها المقر في عقد الزواج، بان له حق تحليف الزوج بأنه -أي وكيل الزوجة شقيقها- لم يكن كاذبا في إقراره بقبض المهر.

واعتمدت محكمة الاستئناف في قرارها هذا على المادة (١٩٨٥) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على:"**إذا ادعى أحد انه كاذب في إقراره فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا. مثلا لو أعطى أحد سندا لأخر محررا في : إنني قد استقرضت كذا درهم من فلان، ثم قال إنني كنت أعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور لحد الآن، يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذبا في إقراره هذا**"(٢).

وهذه المادة أخذت برأي أبي يوسف من الحنفية معتمدا على ان العادة جرت بين الناس إذا أرادوا الاستدانة ان يكتبوا سندا قبل القبض ثم لا يتم القبض، فلا يكون السند دليلا على القبض، فيحلف المقر له استحسانا، لان اليمين إن كان صادقا فلا يضره فيصار إليه، وخالف الإمام أبو حنيفة ومحمد في ذلك وقالا إن إقرار المدين ملزم له، ولا تحليف للمقر له لان احتمال الكذب في السند بعيد،

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٦٢.

(٢) انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٤، ص١٠٦.

والفتوى في المذهب في هذه المسألة على رأي أبي يوسف[1].

وعليه فان الباحث يرى بان المحكمة قد التزمت بالراجح من المذهب الحنفي وهو اجتهاد موافق للحق والصواب ونص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

[1] علاء الدين: السيد محمد علاء الدين أفندي، حاشية قرة عيون الإخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ج٨، ص١٤٢.

المبحث الرابع

الاجتهاد الصادر في دعاوى

فسخ عقد الزواج للرضاع المحرم

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفهوم الرضاع المحرم.

المطلب الثاني: الإقرار بالرضاع والرجوع عنه.

المطلب الثالث: الشهادة على الرضاع.

المطلب الرابع: اليمين في الرضاع.

المطلب الأول: التعريف بمفهوم الرضاع المحرم

أولاً: تعريف الرضاع، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الرضاع لغة: رضع رضاعة فهو راضع والاسم الرضع ورضيعك أخوك من الرضاعة، واسترضع طلب مرضعة، والمراضعة أن يرضع الطفل أمه وفي بطنها ولد ورضع أمه رضعاً ورضاعاً ورضاعة امتص ثديها أو ضرعها(١).

الفرع الثاني: الرضاع في الاصطلاح: عرف الفقهاء الرضاع بتعاريف متقاربة، مع اختلاف في بعض القيود وذلك حسب أحكام كل مذهب في بعض الجزئيات.

فقد عرفه الحنفية بأنه: مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص[٢].

كما عرفوه بأنه: مص ثدي آدمية في وقت مخصوص(٣).

وقد عرفه المالكية بأنه وصول لبن ادمي لمحل مظنته غذاء(٤)

وعرفه الشافعية بأنه اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه[٥].

وعرفه الحنابلة بأنه مص لبن ثاب عن حملٍ في ثدي امرأة أو شربه ونحوه[٦].

ويرى الباحث أن يعرف الرضاع بأنه اسم لحصول لبن آدمية في جوف الصغير بوقت مخصوص.

---

(١) الفيروزابادي: القاموس المحيط، ج٣، ص٣٠، فصل الراء باب العين. المعجم الوسيط: ج١، ص٣٥١، باب الراء.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٠٤.

(٣) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٣.

(٤) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٧٣.

(٥) الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٣.

(٦) الفتوحي: تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ج٤، ص٤٢٥.

شرح التعريف ومحترزاته:

فبقولنا حصول يشمل مص الثدي والوجور[1] والسعوط[2] وغيره، وقولنا لبن يخرج غير اللبن مما قد يفرزه ثدي المرأة وقولنا آدمية يخرج لبن الرجل إن حصل له، والبهيمة والخنثى المشكل، وقولنا جوف يخرج ما قد لا يصل إلى الجوف كالحلق والفم والمثانة. وقولنا بوقت مخصوص يخرج رضاع الكبير والرضاع خارج مدته.

ثانياً: حكم الرضاع

اتفق الفقهاء على أن الرضاع سبب من أسباب تحريم التناكح، كالولادة ، وانه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، لقوله تعالى:﴿**وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ**﴾ [3] .

ولقوله ﷺ:" **لا تحتجبي منه فانه يحرُم من الرضاع ما يحرم من النسب**" [4] كما انهم اتفقوا على أن التحريم للرضاع كما يسري على المرضعة، يسري على زوجها صاحب اللبن، وهو ما يعرف عند الفقهاء بلبن الفحل، فكما تصبح المرضعة أما للرضيع الذي أرضعته، ويصبح الصغير الراضع ابنا لها، فانه أيضا يصبح ابنا لصاحب اللبن الذي ثار اللبن من وطئه، ويصبح الواطئ أبا للرضيع بالرضاعة، فيحرم على الراضع بنات المرضعة من صاحب اللبن وبناتها من غيره، كما يحرم أيضا بنات الواطئ من المرضعة، وبناته من غيرها لأنهن أخوات الرضيع لأب من الرضاع، ولو كان لرجل زوجتين فأرضعت إحداهما صبياً، وأرضعت الأخرى صبية، حرم على الراضعين ان يتزوجا لانهما أخوين لأب من الرضاعة[5] .

---

[1] الوجور: ما يصب من سائل في الفم. انظر: الخرَشي: حاشية الخرَشي، ج٥، ص١٧٥.

[2] السعوط: ما يصب من سائل في الأنف، الخرَشي: حاشية الخرَشي، ج٥، ص١٧٥.

[3] النساء آية ٢٣.

[4] مسلم: صحيح مسلم، باب ما يحرم من الرضاع وما يحرم من النسب، ج٢، ص٨٦٧. الألباني: صحيح سنن النسائي، كتاب النكاح، باب من يحرم من الرضاع، ج٢، ص٦٩٥.

[5] السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٣. المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٨. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٣. السغدي: النتف في الفتاوى، ج١، ص٣١٧. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣١٣. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٨. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٥. ابن الجلاب:

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] وقول لمالك رجع عنه[٤] إلى أن كل وطء يثبت منه النسب تثبت منه حرمة الرضاع بحق صاحب اللبن، متى أرضعت المرأة من ذلك الوطء، وان كل وطء لا يثبت منه النسب لا يثبت منه حرمة الرضاع بحق الواطئ، فلا تثبت حرمة الرضاع بحق الواطئ في الزنا، ولا تثبت أيضا حرمة الرضاع بحق الزوج متى نفى المولود باللعان.

وذهب الإمام مالك[٥] إلى أن الحرمة للرضاع تثبت بحق الواطئ وطء حرام سواء لحق نسب المولود بالواطئ كما إذا تزوج بخامسة أو إذا تزوج بامرأة محرمة عليه بنسب أو رضاع جاهلاً بالتحريم، أو لم يلحق به نسب الولد كمن تزوج بخامسة أو بمحرمة عليه بنسب أو رضاع عالما بالتحريم، وسواء وجب عليه بهذا الوطء حد أو لم يجب.

أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ، التفريع، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي ، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، ج٢، ص٦٩. الأزهري: صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت- لبنان، د.ط، دس، ص٤٨٣. ابن عبد البر: الكافي، ص٢٤٣. الخرَشي: حاشية الخرَشي، ج٥، ص١٧٩. عليش: أبو عبدالله الشيخ محمد احمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ط، دس، ج٢، ص٨٨. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٥٧. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٣٧. المحلّي: كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، بهامش حاشية قليوبي وعميرة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ج٤، ص١٠٠. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص٥٥٦. الفتّوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٦. البهّوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٣.

(١) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٣٠٢. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ج٢، ص٤٠٨.

(٢) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٩٢-٣٩٧. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠١. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٠.

(٣) البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٤.

(٤) ابن عبد البر: الكافي، ص ٢٤٣. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٠.

(٥) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٠.

ثالثاً: ماهية الرضاع

ذهب جمهور الفقهاء على أن وصول اللبن إلى جوف الصغير بمص الثدي، هو الرضاع المحرم، كما اتفقوا على أن وصول اللبن إلى جوف الصغير بالإيجار أو السعوط يحرم كما يحرم مص الثدي[(١)].

كما اتفق الفقهاء على انه إذا شك في وجود اللبن في الثدي أو شك في رضاع الصغير بحيث وضعت حلمة ثديها في فم الصغير ولم تدر هل نزل اللبن في فمه أم لا، أو شك في عدد الرضعات عند من يشترط العدد، أو شك هل كان الرضاع خلال مدة الرضاع أو بعدها فان ذلك لا يحرم[(٢)] .

وذهب أهل الظاهر إلى أن الرضاع المحرم هو ما كان عن طريق مص الثدي خاصة فلا يحرم وصول اللبن إلى جوف الصغير بأي طريقة أخرى غير مص الثدي[(٣)] .

واختلف الفقهاء في حكم الاحتقان باللبن أو التقطير به في الاذن، والعين والجائفة[(٤)] والآمة[(٥)] هل يثبت بها حرمة أم لا؟.

فذهب الحنفية إلى أن الاحتقان باللبن وتقطيره في الأذن والعين والدبر

---

(١) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٦. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٩. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٢٠. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٢١٠. الازهري: الثمر الداني، ص٤٨٣. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩. ابن الجلاب: التفريع، ج٢، ص٦٨. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٧٧. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١، ص٣٧٢. المحلّي: كنز الراغبين: ج٤، ص٩٨. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٦. ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣١٣. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٦. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٩.

(٢) الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٩. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٥. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٥-٤٠٦. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٩. ابن قدامه: المغني، ج١٠، ص٣١٢، ص٣٤٢. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٦. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج، ص٤٣٦.

(٣) ابن حزم: المحلّى، ج١٠، ص١٨٥.

(٤) الجائفة: جراحة في الجوف. انظر : ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٢١٠.

(٥) الآمه: جراحة في الرأس تصل الدماغ. انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٢١٠.

والاحليل أو قطره في انفه أو آمّة بأنه لا يحرم، وذهب محمد بن الحسن إلى أن الاحتقان به يحرم الحرمة قياسا على إفساد الصوم(١) وعند المالكية في الحقنة قولان(٢) وفي غيرها مما وصل إلى الجوف من غير الحلق لا يحرم شيئاً(٣)

وذهب الشافعية إلى أن في الحقنة قولان والأظهر منهما أن الاحتقان باللبن لا يحرم والثاني يحرم(٤) ، والتقطير في الأذن والجراحة إذا لم يصل إلى المعدة لا يحرم(٥) وعند الحنابلة إن الاحتقان باللبن لا يحرم وان وصوله إلى جوف لا يتغذى به لا يحرم أيضا كوصوله إلى جوف الذكر والمثانة(٦) .

رابعاً: شروط المرضعة

ذهب الفقهاء على أن لبن المرأة الحية، التي يوطأ مثلها، يثبت به التحريم، إذا كان حاصلا عن ولادة(٧). كما اتفقوا على أن لبن البهيمة والرجل إذا نزل له لبن فشربه الرضيع أو شرب لبن البهيمة أو رضع صغيران من شاة فلا تثبت بذلك حرمة(٨).

---

(١) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٢٠. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٩. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٢٠. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص٢١٠.

(٢) عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

(٣) ابن عبد البر: الكافي، ص٢٤٢. ابن الجلاب: التفريع، ج٢، ص٦٨.

(٤) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٧٢.

(٥) الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٩.

(٦) البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٥. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٩.

(٧) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٠٤. عليش: الفتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٤. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٥.

(٨) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٤. المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٤. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٢٠. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص ٤٠٣. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٤. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٧. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٤.

واختلفوا في لبن البكر التي لم تتزوج، التي يوطأ مثلها إذا نزل لها لبن، فأرضعت به صغيرا فذهب الجمهور الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] إلى انه يثبت به التحريم، وذهب الحنابلة إلى انه لا تثبت الحرمة بشرب الرضيع للبن البكر[4]، وهو قول عند الشافعية[5].

كما اختلفوا في لبن المرأة الميتة إذا اخذ منها بعد موتها، أو رضع منها الرضيع بعد الموت هل يثبت به التحريم.

فذهب الحنفية[6]، والمالكية[7]، والحنابلة[8]، وهو قول عند الشافعية[9] إلى انه يثبت التحريم.

وذهب الشافعية في المعتمد إلى انه لا يثبت التحريم بلبن الميتة الذي اخذ منها بعد موتها، أو الذي ارتضعه الصغير بعد موتها[10].

---

(١) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٥. المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٩. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٢٠.

(٢) ابن عبد البر: الكافي، ص٢٤٢. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

(٣) المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٧. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٥.

(٤) البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٤. الفتوحي: منتهى الإرادات، ج٤، ص٤٢٦.

(٥) الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٥.

(٦) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٦. المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٩. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١٢٠.

(٧) ابن عبد البر: الكافي، ص٢٤٢. ابن الجلاب: التفريع، ج٢، ص٦٨. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

(٨) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣١٦. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٦. الفتوحي: منتهى الإرادات، ج٤، ص٤٢٩.

(٩) الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٤-١٢٥.

(١٠) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٧٦. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٧.

خامساً: مقدار الرضاع المحرم

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع الذي يثبت به التحريم على قولين:

القول الأول: وبه قال الحنفية [1] والمالكية[2] وهو رواية عن احمد[3] إلى أن قليل الرضاع وكثيرة سواء في التحريم، وان مجرد وصول اللبن إلى جوف الصغير يثبت به التحريم.

القول الثاني: وبه قال الشافعية[4] ، والحنابلة[5] ، ألي أن الرضاع المحرم لا يثبت بأقل من خمس رضعات متفرقات.

ويعرف مقدار الرضعة عند الشافعية والحنابلة بالعرف إذ لا ضابط لها باللغة ولا في الشرع ، حيث ذهب الشافعية إلى انه إذا قطع الرضيع الإرتضاع إعراضا عن الثدي اعتبرت رضعة، وإذا قطعه للهو أو نومة خفيفة أو تنفس أو ازدراد ما جمعه من اللبن في فيه وعاد في الحال فلا تعتد رضعة، بل يكمل ذلك، وإذا طال نومه أو لهوه فان كان الثدي في أثناء ذلك في فمه فيكمل بذلك رضعة واحدة وإلا فتعتبر رضعة ثانية[6] .

وقال الحنابلة إذا قطع الرضيع الإرضاع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي إلى أخر أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نُظر؛ فان لم يعد عن قرب فهي رضعة كاملة، وان عاد بعد ذلك حسبت رضعة جديدة، وان عاد في الحال ففيه وجهان: أحدهما ان الأولى رضعة، وبعد عودته رضعة أخرى وهو اختيار أبي بكر

---

(1) السرخسي: المبسوط، ج٣٠، ص٢٩٦. المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٧. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٧. السغدي: النتف في الفتاوى، ج١، ص٣١٦. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٤.

(2) ابن عبد البر : الكافي، ص٢٤٢. الأزهري: الثمر الداني، ص٤٨٢. ابن الجلاب: التفريع ج٢، ص٦٠.

(3) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣١٠. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص٥٧٥.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٦١. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٩. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٣٠.

(5) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣١٠. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص٥٧٠. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٥. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٩.

(6) الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٣٦.

وظاهر كلام احمد في رواية، والوجه الأخر ان جميع ذلك رضعة[1]

سادساً: وقت الرضاع المحرم

اختلف الفقهاء في الوقت الذي ينتهي فيه الرضاع المحرم على خمسة أقوال:

الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى آن الرضاع المحرم ينتــهي إذا بلــغ الصغــير ثلاثين شهرا، فإذا ارتضع بعد ذلك فان هذا الرضاع لا يثبت بـــه التحريـم، سواء فطم الصغير أو لم يفطم[2] .

الثاني: ذهب الصاحبان من الحنفية[3]، والشافعية[4] ، والحنابلة [5] ،إلى أن الرضاع المحرم ينتهي ببلوغ الصغير سنتين، فإذا ارتضع بعد ذلك فان هذا الرضـــاع لا يحرم وان لم يفطم الصغير.

الثالث: ذهب زفر من الحنفية إلى أن الرضاع المحرم يستمر حتى يبلــغ الصغــير ثلاث سنوات من عمره، فإذا ارتضع بعد ذلك فلا يثبـــت التحريـم وان لــم يفطم[6] .

والراجح عند الحنفية هو رأي الصاحبين وبه يفتى في المذهب[7] .

الرابع: ذهب المالكية إلى الرضاع المحرم يستمر حتى يبلغ الصغير ســـنتين ومـــا قاربهما كشهر وشهرين[8] ، فإذا ارتضع بعد ذلك فلا يثبت التحريم ولو لـــم يفطم الصغير.

---

[1] ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣١٠. ابن القيم: زاد المعاد، ج٥، ص٥٧٦.

[2] المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٧. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٠٧. السغدي: النتف فـــي الفتـاوى، ج١، ص٣١٦. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٥. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٨.

[3] المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٧. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٠٧. السغدي: النتف فـــي الفتـاوى، ج١، ص٣١٦. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٦. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٨.

[4] الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٦٧. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص٩٩. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٢٧.

[5] البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٥. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٢٨.

[6] المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٧. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص٦. السغدي: النتـف فـي الفتـاوى، ج٤، ص٣١٦.

[7] ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٤.

[8] ابن الجلاب: التفريع، ج٢، ص٦٨. الازهري: الثمر الداني، ص٤٨٢. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٨.

الخامس: ذهب أهل الظاهر إلى أن الرضاع المحرم لا يختص بعمر معين فيثبت بالرضاع التحريم للكبير والصغير على السواء[1].

ولكن إذا فطم الصغير قبل انتهاء مدة الرضاع، ثم أرضعته امرأة في أثناء مدة الرضاع، فهل يثبت التحريم؟.

اختلفت الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الأول: ذهب الحنفية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] إلى أن الرضاع إذا تم بعد الفطام واثناء مدة الرضاع فانه تثبت به الحرمة.

الثاني: ذهب المالكية[5] ، وهو رواية عن أبي حنيفة[6] إلى انه إذا استغنى بالطعام عن اللبن ورضع بعد ذلك في مدة الرضاع فلا يثبت التحريم، أما إذا لم يستغن بالطعام عن اللبن فتثبت به الحرمة وعلى هذه الرواية الفتوى في المذهب الحنفي[7].

موقف قانون الأحوال الشخصية:

اقتصر قانون الأحوال الشخصية الأردني في موضوع الرضاع على المادة (٢٦) منه والتي تنص:"**يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثني مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة**".

ولم يبين القانون شروط الرضاع أو وقته أو مقداره أو شروط المرضعة أو حكم الزواج بالمحرمة رضاعاً وغير ذلك مما له علاقة بهذا الموضوع ولكن شمل أحكام الرضاع نص المادة (١٨٣) بالرجوع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة.

---

(١) ابن حزم: المحلى، ج١٠، ص٢٠٢.

(٢) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢١٧. الموصلي: الاختيار، ج٣، ص١١٨.

(٣) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٣٦٨.

(٤) البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٤٥.

(٥) ابن عبد البر: الكافي، ص٢٤٢. الازهري: الثمر الداني، ص٢٨٢-٢٨٣. ابن الجلاب: التفريع، ج٢، ص٦٨. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٧٧. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٨.

(٦) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٤.

(٧) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤٠٤.

المطلب الثاني: الإقرار بالرضاع والرجوع عنه

بين الفقهاء حكم إقرار الرجل بالرضاع، قبل عقد الزواج وبعده والحكم المترتب على إقراره، وحكم رجوعه عن الإقرار به، كما بينوا حكم إقرار المرأة بالرضاع، سواء كان قبل عقد الزواج أو بعده، والحكم المترتب على إقرارها، وحكم رجوعها عن إقرارها، وقد اختلفوا في حكم إقرار الزوج على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى أن إقرار الزوج بالرضاع لا يثبت به الرضاع ولا الحرمة، سواء كان إقراره قبل عقد الزواج أو بعده، وسواء صدقته المرأة أو لم تصدقه، فلا يفسخ العقد بينهما إن اقر بالرضاع بعد العقد لإقراره هذا، كما لا يفسخ العقد ان اقر بالرضاع قبله ثم أجرى العقد فيقر نكاحهما عند الحنفية.

وللزوج عند الحنفية الرجوع عن إقراره بالرضاع ما لم يصر ويثبت عليه، فان اقر بالرضاع أصر وثبت عليه فيثبت بذلك الرضاع والحرمة ولا يجوز له الرجوع عن إقراره هذا بعد الإصرار فان كان إقراره بالرضاع وثباته عليه قبل العقد لم يجز له أن يتزوج ممن اقر بالرضاع معها، فان تزوجها فسخ العقد بينهما وان كان إقراراه بالرضاع والثبات عليه بعد العقد فكذلك يثبت به الرضاع والحرمة ويفسخ النكاح بينهما[(١)] وصفة الثبات على الإقرار بان يقول ما قلته حق أو صواب أو صحيح أو لا شك فيه عندي أو ما أقررت به ثابت أو اقر بذلك وأصر عليه ولا يعد تكرار الإقرار إصرارا عليه[(٢)].

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء المالكية[(٣)] والشافعية[(٤)] والحنابلة[(٥)]إلى أن

---

(١) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص١٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٢.

(٢) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٢.

(٣) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٣. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

(٤) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٣، ص٤٠٧. المحلي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٥-١٠٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٦.

(٥) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٤٣. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٦-٤٥٧. الفتوحي: منتهى الإرادات، ج٤، ص٤٣٦.

إقرار الرجل بالرضاع يثبت به الرضاع والحرمة، فان اقر به قبل العقد لم يجز له الزواج منها، فان تزوجها فسخ العقد بينهما، وان اقر به بعد العقد فيفسخ العقد بإقراره ولا يجوز له الرجوع عن إقراره بالرضاع سواء ثبت وأصر على إقراره أو لم يثبت.

إقرار المرأة بالرضاع:

إقرار المرأة بالرضاع أما إن يكون قبل العقد أو بعده فان كان بعد العقد فقد اتفق الفقهاء على أن إقرارها به بعد العقد والدخول لا يثبت به الرضاع ولا الحرمة، فلا يفسخ العقد لهذا الإقرار ويقر النكاح بينها وبين زوجها ولا يترتب على إقرارها حكم.

ولكن إن وقع في نفس الزوج صدقها يستحب له أن يتنزه عنها[(١)] .

أما أن كان إقرارها بعد العقد وقبل الدخول فقد اتفق جمهور الفقهاء الحنفية[(٢)] والشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] على ان حكم إقرارها بالرضاع قبل الدخول وبعد العقد كحكم إقرارها به بعد العقد وبعد الدخول، فلا يثبت به الرضاع ولا الحرمة ويقر النكاح بينها وبين زوجها.

وذهب المالكية[(٥)] إلى أن إقرار الزوجة بالرضاع بعد العقد قبل الدخول يثبت به الرضاع والحرمة فيفسخ العقد بينهما بإقرارها هذا.

[(١)] ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص١٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٢. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٣. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٤، ص٤٠٨. المحلي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٦. ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٤٥. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٨. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٣٦.

[(٢)] ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص١٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٢.

[(٣)] الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٤-٤٠٨. المحلي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٦. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٦.

[(٤)] ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٤٥. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٨. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٣٦.

[(٥)] الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٣. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

إقرارها قبل العقد:

أما حكم إقرارها بالرضاع قبل عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في ذلك فذهب الحنفية إلى انه لا يترتب على إقرارها حكم، فلا يثبت به الرضاع ولا الحرمة، وللمرأة المقرة بالرضاع الزواج بمن أقرت انه محرم عليها رضاعاً، فان تزوجتها بعد إقرارها اقر النكاح بينهما[١].

وذهب جمهور الفقهاء المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أن إقراراها بالرضاع قبل عقد الزواج يثبت به الرضاع والحرمة، فليس لها الزواج بمن أقرت ان بينها وبينه حرمة رضاع وان تزوجت به فسخ نكاحهما.

تعرضت محكمة الاستئناف الشرعية، لإقرار الزوج بالرضاع المحرم، حيث قررت ان إقرار الزوج لوحده بالرضاع دون الثبات والإصرار على إقراره، لا يكفي لفسخ عقد الزواج وان للزوج الرجوع عن إقراره ما لم يصر على إقراره وذلك في قرارها رقم (٨٢٦٨) تاريخ ١٩٥٣/١٢/٢٢ وقرارها رقم (٨٣٢٩)[٥] وقرارها رقم(٨٦٠٠) تاريخ ١٩٥٤/١١/٢٢[٦] والقرار رقم (٢٨٠٢٥) تاريخ ١٩٨٧/٩/١٤ (٧) والقرار رقم (٢٨٧٧٧) تاريخ ١٩٨٨/٤/٣٠ (٨) كما قررت: بان إقرار الزوج، وثباته على إقراره وإصراره على وجود الرضاع المحرم بينه وبين زوجته، تثبت به الحرمة، ويفسخ العقد بذلك لفساده في قرارها رقم (١٢٦٨٤)[٩]

---

[١] ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٤. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص١٤. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٢.

[٢] الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٣.

[٣] الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٦-٤٠٧. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٥. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٦.

[٤] البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٨.

[٥] عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٠. داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٣.

[٦] عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٢.داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٤.

[٧] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٩.

[٨] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٩.

[٩] عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٤.

وقرارها رقم (٧٦١٥)[١] وقرارها رقم (١٢٠١٧) تاريخ ١٩٦٢/٣/٢٤ [٢] والقرار رقم ٢٠٤٣٧ تاريخ ١٩٧٨/١٢/١٠[٣] والقرار رقم ٢٢٤٣٢ تاريخ ١٩٨١/١٠/١٣ [٤] والقرار (٣١٧٨٥) تاريخ ١٩٩٠/٧/٢٥ [٥] والقرار رقم (٣٣٣٩٧) تاريخ ١٩٩٧/٩/١٧[٦] والقرار رقم (٤١٤٩٣) تاريخ ١٩٩٦/١٠/١٩[٧] وقررت ان إقرار الزوجة، بالرضاع المحرم مع زوجها لا يعمل به، وان إقرارها هذا لا اثر له، ولا تثبت به دعوى فسخ عقد الزواج للرضاع المحرم، ويقر النكاح بينها وبين زوجها، ما لم يثبت الرضاع بوجه شرعي، وذلك في قرارها (٥٨٤٢)[٨] والقرار رقم (٨٩٦٥) تاريخ ١٩٥٥/١١/٢٣[٩] وبذلك تكون محكمة الاستئناف الشرعية قد طبقت نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية بهذه المسألة وعملت برأي الحنفية فيها، ويرى الباحث أن هذا الاجتهاد صحيح وموافق للقانون والصواب.

---

(١) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٢.

(٢) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٣. داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٥.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٧.

(٤) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٩.

(٥) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤٠٠.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤٠٠.

(٧) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤٠١.

(٨) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٠.

(٩) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٤.

المطلب الثالث: الشهادة على الرضاع

اتفق الفقهاء على انه إذا شهد بالرضاع رجلان أو رجل وامرأتان فانه يثبت بذلك[1] واختلف الفقهاء في قبول شهادة النساء منفردات عن الرجال في موضوع الرضاع على رأيين:

<u>الرأي الأول</u>: ذهب الحنفية إلى أن الرضاع لا يقبل فيه شهادة النساء منفردات عن الرجال، سواء كانت الشاهدة به أم أحد الزوجين أو أجنبية عنهما وسواء كانت الشاهدة المرضعة أو غيرها، وسواء شهدت به قبل العقد أو بعده، وان الشهادة على الرضاع كبينة المال فكما لا تقوم البينة في المال الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فكذلك الشهادة على الرضاع، وذلك؛ لان الشهادة بالرضاع لا تنفك ولا تقبل الفصل عن زوال ملك النكاح، وزوال الملك يتوقف على شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[2] وهذا هو المذهب وعليه الفتوى[3] .

الا انهم ذهبوا إلى انه إذا شهدت امرأة على الرضاع، ووقع في القلب صدقها فان الأفضل للزوج أن يفارقها من باب الندب إلى الأفضل والاحتياط والتنزه.

<u>الرأي الثاني</u>: ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وقول عند الحنفية إلى قبول شهادة النساء منفردات عن الرجال في إثبات الرضاع على اختلاف بينهم في العدد المطلوب لاثباته وبعض الشروط.

فذهب المالكية إلى انه إذا شهدت بالرضاع امرأتان فتقبل شهادتهما بشرط ان يكون ذلك فاشياً من قولهما قبل العقد، فان لم يكن فاشيا فالمعتمد انه لا يثبت به الرضاع وكذلك الحكم إذا شهد به رجل وامرأة، وان شهدت به امرأة واحدة فالراجح

---

(1) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٢٠. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٣. الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٥. الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠١. ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٢٠. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٣٦.

(2) المرغيناني: الهداية، ج١، ص٢٢٠. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٣٢٣. الكاساني: بدائع الصنائع، ج٤، ص١٤-١٥. الكرلاني: جلال الدين الخوارزمي، الكفاية بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث، دط، دس، ج٣، ص٣٢٣.

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٤١٣.

انه لا يفسخ به العقد وان كان فاشيا قبل العقد[1] .

واما الشافعية فاشترطوا شهادة أربعة نسوة لإثبات الرضاع، فلا يقبل دون ذلك، كما ذهبوا إلى قبول شهادة المرضعة ان لم تكن قد طلبت أجرة على الرضاع وذلك لأنها تشهد لنفسها[2].

أما الحنابلة فقالوا بأنه إذا شهدت بالرضاع امرأة واحدة وكانت مرضية فتقبل شهادتها ويثبت بها الرضاع، سواء كانت المرضعة أم غيرها وان لم تكن مرضية فلا تقبل شهادتها[3] .

وفي قول عند الحنفية بأنه إذا شهدت بالرضاع امرأة قبل العقد فانه يثبت الرضاع بشهادتها، وان كان بعد العقد لم تقبل شهادتها، لأنها عند شهادتها قبل العقد وقع الشك في جواز الزواج، وعند شهادتها بعد العقد وقع الشك في البطلان[4] .

وقد قررت محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها رقم (٨٣٧٠) تاريخ ١٩٥٤/٣/٢٩[5] والقرار رقم (٨٢٢٩) تاريخ ١٩٩٤/٥/١٦[6] إن الرضاع يثبت ببينة المال أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولا تكفي فيه شهادة النساء وحدهن.

وبذلك فقد التزمت المحكمة بالراجح من المذهب الحنفي وطبقت نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية وعليه فان الباحث يرى بأن اجتهادها هذا موافق للقانون والصواب.

---

(١) الخرشي: حاشية الخرشي، ج٥، ص١٨٥-١٨٦. عليش: فتح العلي المالك، ج٢، ص٨٩.

(٢) الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠١-٤٠٢. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٧. الشربيني: مغني المحتاج، ج٥، ص١٤٨.

(٣) ابن قدامه: المغني، ج١١، ص٣٤٠-٣٤١. البهوتي: كشاف القناع، ج٥، ص٤٥٦. الفتوحي: منتهى الإرادات ، ج٤، ص٤٣٦.

(٤) ابن الهمام: فتح القدير، ج٢، ص٤١٣. ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٢٤.

(٥) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠١.داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٣.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٣.

المطلب الرابع: اليمين في الرضاع

قررت محكمة الاستئناف الشرعية في قراراتها رقم (٨٤٧١)[(١)] والقرار رقم (٨٩٦٥) تاريخ ١٩٥٥/١١/٢٣[(٢)] والقرار رقم (٩٥٢٢) تاريخ ١٩٥٧/٦/١٧[(٣)] ورقم (١٠٠٥٠)[(٤)] ورقم(١٢٩٦٣)[(٥)] والقرار رقم (١٧٧٨٩) تاريخ ١١/٤/١٩٧٣م[(٦)] والقرار رقم (٢٣٧١٥) تاريخ ١٩٨٣/٤/٣[(٧)] بأنه إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه الرضاع المحرم، فان المحكمة تحلف الزوج اليمين الشرعية على نفي علمه، بوجود الرضاع، ولا يحلف على البتات والقطع.

وهذا الاجتهاد مبني على نص المادة (١٧٤٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على:"**إذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات يعني يحلف قطعيا بان هذا الشيء هكذا، أو ليس بكذا، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه**"[(٨)] .

وجاء في شرح هذه المادة لعلي حيدر"أما إذا حلف أحد على فعل غيره يحلف بقوله لا اعلم ذلك، فيحلف على عدم العلم، يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء، لان الحالف هنا لا يعلم ما عمله الأخر"[(٩)] .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الحنفي حيث جاء في فتح القدير" ثم اعلم ان هذا نوع أخر أيضا من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك: أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وان كان على فعل غيره يكون على نفي العلم"[(١٠)] .

---

(١) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠١.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٤.

(٣) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٤.

(٤) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٤.

(٥) عمرو: القرارات القضائية، ص١٠٤.

(٦) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٧.

(٧) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٣٩٩.

(٨) انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٤، ص٤٤٧.

(٩) حيدر: درر الحكام، ج٤، ص٤٤٩.

(١٠) ابن الهمام: فتح القدير، ج٧، ص١٨٨.

وجاء في ملتقى الأنهر في شرح ملتقى الأبحر "والأصل فيه -أي اليمين- أن التحليف على فعل نفسه يكون على البتات أي: ليس كذلك، والبتات القطع، والتحليف على فعل غيره على العلم، أي: انه لا يعلم انه كذلك"[1] .

وهذا موافق لما عليه الفقه الشافعي من أن منكر الرضاع يحلف على نفي العلم[2].

وعليه فان محكمة الاستئناف قد التزمت برأي الحنفية في هذه المسألة وطبقت نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية وهو اجتهاد صحيح وموافق للقانون والصواب.

---

[1] شيخ زاده: عبدالرحمن بن شيخ محمد بن سليمان، ملتقى الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، طبع في المطبعة العثمانية، ١٣٠٥هـ، د.ط، ج٢، ص٤٧٩.

[2] الماوردي: الحاوي الكبير، ج١١، ص٤٠٩. المحلّي: كنز الراغبين، ج٤، ص١٠٦.

المبحث الخامس
الاجتهاد الصادر في دعاوى فسخ
عقد الزواج لصغر السن

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفهوم صغر السن في عقد الزواج.

المطلب الثاني: إقرار الزوجة بصحة دعوى فساد العقد وإنكار الزوج.

المطلب الثالث: العدة بعد الخلوة الصحية في العقد الفاسد.

المطلب الرابع: بينة مدعي فساد العقد ومدعي صحته.

المطلب الأول : التعريف بمفهوم صغر السن في عقد الزواج

أولاً: حكم تزويج الصغار

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الصغار على ثلاثة أراء[1]

الرأي الأول : وهو رأي جمهور الفقهاء واكثر أهل العلم حيث قالوا بجواز تزويج الصغار ذكورا وإناثا[2] ، إلا انهم اختلفوا فيمن يجوز له تزويجهم ومن يجوز تزويجه من الصغار.

فاتفقوا على أن للأب تزويج البكر الصغيرة وان له تزويج الصغير وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[3] .

أما باقي الأولياء فقد اختلف الفقهاء في جواز تزويجهم الصغار، وفي تزويج الثيب الصغيرة، فذهب الحنفية إلى أن لجميع الأولياء تزويج الصغير والصغيرة بكرا كانت أم ثيبا.

وانه إذا زوجهما الأب أو الجد فلا يثبت لهما الخيار بعد بلوغهما، وقال الإمام أبو حنيفة أن للأب والجد لأب أن يزوج الصغيرة بأقل من مهر مثلها ومن غير الكفء، وقال الصاحبان ليس لهما تزويجها بأقل من مهر المثل ومن غير الكفء،وانه إذا زوج الصغير والصغيرة غير الأب والجد من الأولياء فانه يثبت لهما الخيار إذا بلغا فإذا اختار الفسخ فهي فرقة فسخ وليس طلاق وان هذه الفرقة تحتاج إلى قضاء القاضي[4].

---

(1) الجبوري: صالح جمعة حسن، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٣٩٦هـ-١٩٧٦م، ص٥١.

(2) السرخسي: المبسوط، ج٤، ص٢١٢. الميرغناني: الهداية، ج١، ص١٩٣. ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص١٧٢. الدردير: الشرح الصغير، ج٣، ص٣٥٤. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧. الشافعي: الأم، ج٥، ص٣٣. الشيرازي، المهذب، ج٤، ص١٢٥. الزركشي: شرح الزركشي، ج٥، ص٧٨.

(3) ابن المنذر: الإجماع، ص١٠٣.

(4) السرخسي: المبسوط، ج٤، ص٢١٥. الميرغناني: الهداية، ج١، ص١٩٣. ابن الهمام، فتح القدير، ج٣، ص١٧٥. السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج١، ص١٥٠. الكاساني: وبدائع الصنائع ، ج٢، ص٣٣٦. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٠٦.

وذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى أن للأب ووصيه تزويج الصغير والصغيرة البكر وزاد المالكية أن للحاكم تزويجهما أيضا.

واما الثيب الصغيرة فقال المالكية لهم تزويجها وعند الحنابلة روايتان.

وذهب الشافعية إلى ان للأب والجد تزويج الصغير والصغيرة البكر دون الثيب[3].

الرأي الثاني: وبه قال ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم حيث منعوا تزويج الصغير والصغيرة[4] .

الرأي الثالث: وبه قال ابن حزم الظاهري حيث فرق بين الصغير والصغيرة فقال بجواز تزويج الأب لابنته الصغيرة البكر دون الثيب ومنع تزويج الصغير مطلقا حتى يبلغ[5] .

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٤، ص٢٠٩. الدردير: الشرح الصغير، ج٣، ص٣٩٦. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج٢، ص١٦-١٧. الصاوي: حاشية الصاوي، ج٣، ص٣٩٦.

(2) الزركشي: شرح الزركشي، ج٥، ص٨٢، ص٩٤-٩٨. البهوتي: الروض المربع، ج٣، ص٧١.

(3) الشافعي: الأم، ج٥، ص٣٣. الشيرازي: المهذب، ج٤، ص١٢٥-١٢٦. النووي: روضة الطالبين، ج٦، ص٤٠١. المطيعي: محمد نجيب، المجموع شرح المهذب، دار إحياء التراث العربي، ط جديدة مصححة، ١٩٩٥م-١٤١٠هـ، ج١٧، ص٢٦٤.

(4) السرخسي: المبسوط، ج٤، ص٢١٢. ابن الهمام: ج٣، ص١٧٢. ابن حزم: المحلى، ج٩، ص٣٨. الجبوري: الولاية على النفس، ص٥١.

(5) ابن حزم: المحلى، ج٩، ص٣٨.

موقف قانون الأحوال الشخصية:

اشترط قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥) منه في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وان يتم الخاطب السادسة عشرة وان تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر.

وقد الغي نص هذه المادة واستعيض عنها بالمادة (٢) من القانون المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ المعدل لقانون الأحوال الشخصية والتي تنص:"**يلغى نص المادة (٥) من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي-يشترط في أهلية الزواج ان يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وان يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية الا انه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا اكمل الخامسة عشرة من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية**" وقد عمل بهذه المادة اعتبارا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية[1].

ونصت المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية على بعض حالات الزواج الفاسد وجاء في الحالة الأولى:" **إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد**" فاعتبر القانون زواج من لم يبلغ السن الذي حدده للزواج فاسداً ونصت المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية على:" **بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع، فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن، إذا ولدت الزوجة، أو كانت حاملا، أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية**".

---

[1] نشر القانون المؤقت في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/١١ الصفحة (٥٩٩٨).

المطلب الثاني: إقرار الزوجة بصحة دعوى فساد العقد وإنكار الزوج

دعوى فساد عقد الزواج لصغر السن أو لأي سبب أخر يجوز رفعها من أحد الزوجين، كما يجوز رفعها من قبل أي مسلم باسم الحق العام الشرعي، وان مجرد علم المحكمة بوجود فساد في العقد فعليها ان تبادر إلى رفع دعوى باسم الحق العام الشرعي وتفسخ العقد[1].

إذا رفعت دعوى طلب فسخ عقد الزواج لصغر سن أحد الزوجين، من الزوج أو الزوجة، وادعى فيها انه لم يكمل السن الذي حدده القانون لإجراء عقد الزواج، وبالتالي فساد العقد، أو رفعت الدعوى باسم الحق العام، وأقرت الزوجة بصحة الدعوى، وان عمرها مثلا اقل من السن الذي حدده القانون للزواج، أو أقرت بان عمر الزوج لا زال دون السن الذي يؤهله للزواج قانوناً وأنكر الزوج ذلك، فهل يفسخ العقد استنادا لإقرار الزوجة بأنها لم تكمل السن القانوني، أو أن زوجها دون السن القانوني للزواج؟.

قررت محكمة الاستئناف الشرعية بان إقرار الزوجة لوحدها بان سنها دون السن القانوني أو ان زوجها لم يكمل السن القانوني لا يفسخ لأجله العقد وان هذا الإقرار حجة قاصرة على الزوجة ولا يتعدى على الزوج بفسخ عقد زواجه وذلك في القرار رقم (١٠٤٠٢) تاريخ ١٩٥٩/٧/١٣ والذي جاء فيه:"**إقرار الزوجة بأنها حين العقد كانت دون سن الأهلية حجة قاصرة عليها لا يتعدى إلى الزوج بفسخ عقده**". [2].

وهذا متفق مع القاعدة العامة عند الحنفية من أن ادعاء الزوجة الفساد وإقرارها به وادعاء الزوج الصحة فالقول قول الزوج، وعلى العكس من ذلك بان يدعي الزوج الفساد أو يقر به وتدعي الزوجة الصحة فانه موجب للتفريق بينهما[3] .

وهو في نظير إقرار الزوجة بوجود الرضاع المحرم بينها وبين زوجها وإنكار

---

[1] انظر المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية.

[2] داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤١٠.

[3] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٠٢.

الزوج ذلك، فلا قيمة لهذا الإقرار في إثبات الرضاع بينهما، وعليه فان الباحث يرى ان اجتهاد المحكمة هذا متفق مع المذهب الحنفي ووفق نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث: العدة بعد الخلوة الصحيحة في العقد الفاسد

إذا وقع العقد فاسدا لصغر سن أحد الزوجين أو لأي سبب آخر، وحصلت الخلوة الصحيحة بين الزوجين بعد هذا العقد ولم يتم الدخول الحقيقي بينهما، ثم فرق بينهما لفساد العقد، فهل تلزم الزوجة بالعدة الشرعية لحصول الخلوة الصحيحة بينهما بعد العقد الفاسد.

قررت محكمة الاستئناف الشرعية انه لا عدة على الزوجة من الخلوة الصحيحة بعد العقد الفاسد وذلك في قرارها رقم (٩٧٠٣) تاريخ ١٩٥٧/١٢/١٦[١] وهو ما قرره الحنفية حيث يقول ابن الهمام"أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول"[٢] ويقول الكاساني"والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لأنه ليس بنكاح حقيقة"[٣] .

ويقول ابن عابدين" أما الفاسد فتجب فيه العدة بالوطء"[٤] .

ويقول أيضاً"على أن كلامنا يوهم وجوب العدة في النكاح الفاسد ولو قبل الوطء وليس كذلك، فإنها لا تجب بالخلوة بل بالوطء في القبل"[٥] .

وعليه فان الباحث يرى أن اجتهاد المحكمة هذا صحيح وموافق لما عليه المذهب الحنفي ونص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

---

(١) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤٠٩.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير، ج٣، ص٢١٩.

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع، ج٢، ص٣٣٥.

(٤) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٣٤١.

(٥) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج٢، ص٦٠٧.

المطلب الرابع: بينة مدعي فساد العقد ومدعي صحته

دعوى فساد العقد لصغر السن أو لأي سبب آخر، يجوز رفعها من قبل أحد الزوجين، كما ترفع من قبل أي مسلم باسم الحق العام رعاية لحق الله تعالى، فإذا رفعت دعوى فسخ عقد الزواج للفساد وادعى الزوج أن العقد صحيح، فان المحكمة تكون أمام ادعاءين متناقضين، الأول: يدعي بان عقد الزواج فاسد والثاني: يدعي بان العقد صحيح، وكلاهما يدعي أن له بينة فأي المدعيين يكلف بإثبات ما ادعاه أولا؟ من يدعي فساده أم من يدعي صحته؟.

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لهذا الأمر وقد تعرضت له محكمة الاستئناف الشرعية وقررت أن بينة مدعي فساد العقد مقدمة على بينة صحة العقد، وعليه فان من يدعي فساد العقد يكلف الإثبات، فان عجز يكلف مدعي صحة العقد الإثبات، فان عجز يحلف مدعي صحة العقد الشرعية على أن العقد ليس فاسداً وان العقد صحيح، وذلك في قرارها رقم (١٩٠٨٩) تاريخ ١٩٧٦/٩/١١ والذي جاء فيه:" **وجد في الدعوى ادعاءان: ادعاء بفساد العقد من المدعي باسم الحق العام الشرعي، لصغر سن الزوجة، وادعاء آخر من المدعى عليه الزوج والمدعى عليها الزوجة بصحة العقد لكبر سن الزوجة. والطريق القضائي السليم للفصل في مثل هذين الادعاءين هو تطبيق قاعدة ترجيح البينات، فقد جاء في كتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة (ص١٣) للمحقق محمود حمزة مفتي دمشق أن بينة أحد الزوجين على فساد العقد راجحة على بينة الأخر على صحته[1]، كما جاء في كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية (ص٢٣٣) لقراعة:"إن بينة فساد النكاح أولى من بينة صحته[2]، بند ٥". وجاء في كتاب واقعات المفتين في مبحث ترجيح البينات (ص٢٠٦) "رجل أقام البينة على امرأة انه زوّجها أبوها منه قبل بلوغها، وأقامت هي بينة على انه زوّجها منه بعد بلوغها بغير رضاها فبينتها**

---

(١) ما نسب إلى محمود حمزه منقول بتمامه. انظر: حمزه محمود ، كتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، طبعة دمشق، ١٣٠٠هـ، ص١٣.

(٢) ما نسب إلى قراعة منقول بتمامه. انظر: قراعة، علي محمود، ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مكتبة مصر، ص١٩٦.

أولى، ويثبت فساد النكاح"[1].

والجامع بين هذه الصورة وصورة دعوانا فساد العقد في كل منهما، ولو اختلف السبب كما نصت المادة (١٧٦٩) من المجلة "إذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح فإذا اثبت فبها وإلا يحلف"، وقد سارت هذه المحكمة الاستئنافية على هذه القاعدة في قرارها (١٣٩٤٧) تاريخ ١٨/٥/١٩٦٥ فكان على المحكمة الابتدائية وفقاً لهذه النصوص وغيرها من الكتب المعتمدة أن تكلف المدعي باسم الحق العام الشرعي إثبات أن الزوجة عند العقد كانت صغيرة لم تبلغ سن الأهلية بعد باعتباره صاحب البينة الراجحة وتسأله عن بينته عن ذلك، فإذا ثبت حكمت بفسخ النكاح وإذا عجز انتقلت إلى تكليف المدعى عليهما الإثبات أن الزوجة عند العقد كانت كبيرة، وفي سن الأهلية باعتبارهما صاحبي البينة المرجوحة، فإذا اثبتا وحلفا اليمين الشرعية ردت الدعوى"[2].

واجتهاد المحكمة هذا موافق لما قرره فقهاء الحنفية في هذه المسألة[3] ولما قرره العلماء في شرحهم للمادة (١٧٦٧) من مجلة الأحكام العدلية"[4] وعليه فان الباحث يرى أن هذا الاجتهاد متفق مع المذهب الحنفي وما قررته المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية.

---

(١) ما نسب إلى واقعات المفتين، منقول بتمامه، انظر: قدري أفندي، عبدالقادر بن يوسف، واقعات المفتين، ط١، المطبعة الميرية ببولاق، ١٣٠٠هـ، ص٢٠٦.

(٢) داود: القرارات الاستئنافية، ج١، ص٤١٢-٤١٣.

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص١٥١.

(٤) باز: شرح المجلة، ج٢، ص١١٣٥.

الخاتمة والتوصيات

الخاتمة

هذا وقد خرج الباحث بالنتائج التالية:

١.الاجتهاد: هو استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها.

٢. الاجتهاد القضائي: هو المسلك الذي يتبعه القضاة في استنباط الأحكام الشرعية من النصوص الشرعية والقانونية، وتطبيقها على الوقائع والقضايا المعروضة عليهم، وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريعها على اصولها، والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم. وله أربعة أنواع:

أ-اجتهاد في مسائل لم يسبق أن صدر فيها حكم فقهي.

ب-اجتهاد في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها على الحوادث.

ج-اجتهاد في تطبيق النصوص الفقهية والقواعد العامة الشرعية على الحوادث.

د-اجتهاد في إجراءات السير في الدعوى من رفعها إلى إصدار الحكم بها.

٣.محكمة الاستئناف الشرعية: هي المحكمة العليا الشرعية، والجهة الوحيدة المخولة بتدقيق الأحكام والنظر فيا لطعن الوارد عليها، والقرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية، لغير المحكمة التي أصدرت هذه القرارات.

وأهم أعمال محكمة الاستئناف الشرعية الرقابة على تطبيق القانون في المحاكم الابتدائية.

٤.القرارات الاستئنافية: هي ما تصدره محكمة الاستئناف من أحكام. وتقسم إلى قرارات عادية (ثلاثية): وهي التي تصدر من قبل هيئة مشكلة من ثلاثة قضاة. وقرارات خماسية: وهي التي تصدر من هيئة مشكلة من خمسة قضاة ويكون القرار الصادر عنها في هذه الحالة ملزماً ولا يجوز مخالفته.

وجميع قرارات محكمة الاستئناف قطعية، لا يجوز الطعن فيها لدى أي مرجع قضائي بالطرق العادية.

٥.التفريق: هو انحلال عقدة الزواج بين الزوجين، ويكون أما بالطلاق أو الفسخ.

٦. سبب دعوى التفريق للغيبة والهجر هو الضرر اللاحق بالزوجة لفوات العشرة الزوجية.

٧.ترك الزوجة لمكان إقامتها مع زوجها وطلبها التفريق بعد ذلك غير مسموع، إلا إذا كان تركها لسبب مشروع كأن يكون مسكن الزوج غير شرعي.

٨.غياب الزوج بسبب العمل أو إذن الزوجة أو سجنه تعد أعذارا مشروعة في غيابه عن زوجته.

٩. استعداد الزوج لاصطحاب زوجته معه وامتناعها عن ذلك بسبب انشغال ذمته بمهرها المعجل أو وجود شرط لها في قسيمة عقد الزواج يقضي بأن لا تخرج من بلدها أو إصرارها على الانتقال لبلد آخر، فإنه لا يعتد بهذه الأسباب، أما إذا امتنعت بسبب عدم شرعية مسكنه فيقبل ادعاءها.

١٠. طلب الزوجة التفريق للنزاع والشقاق لان زوجها فاسق ويرتكب الكبائر دون أن تدعي تضررها من ذلك وتعدي أثر هذه المعاصي إليها لا تسمع.

١١. يجوز التحكيم الرضائي بين الزوجين قبل رفع الدعوى وبعده، ويقيد التحكيم بزمن، ولا يسأل الحكم عن حكمه، ولا يكلف بتعليل قراره، ولا يجوز للحكم الرجوع عن حكمه، وليس للحكم أن يبحث أي حقوق أخرى بين الزوجين سوى المهر.

١٢. يشترط لرفع دعوى التفريق للعجز عن دفع النفقة أن تنفّذ الزوجة الحكم بنفقتها لدى دائرة الإجراء وأن تحضر مشروحات منها بتعذر تحصيل النفقة من الزوج.

١٣. دفع الزوج طلب زوجته التفريق لعدم الإنفاق بنشوزها دفع مقبول سواء كانت ناشزاً عند فرض النفقة، أو طرأ النشوز عليها بعد ذلك.

١٤. دفع الزوج طلب زوجته التفريق لعدم الإنفاق باستعداده للإنفاق عليها خارج دائرة الإجراء لا يعد إقراراً منه باليسار وإصراراً على عدم الإنفاق ولا يقبل منه هذا الدفع.

١٥. تلزم الزوجة بالعدة الشرعية إذا تم التفريق بينها وبين زوجها بعد العقد الصحيح وبعد الخلوة الشرعية الصحيحة وقبل الدخول، ويقع الطلاق بائناً.

١٦. إصابة الزوج بالعته دون الجنون لا يجيز للزوجة طلب التفريق.

١٧. دعوى الزوج طلب التفريق بينه وبين زوجته لجنونها غير مسموعة.

١٨. إذا اسلم أحد الزوجين الكافرين وكان لا يجوز استمرار النكاح بينهما، يعرض الإسلام على الكافر منهما، فان اسلم أُقر النكاح بينهما، وإن أبى فُرق بينهما.

١٩. يثبت حق التفريق للعنة بعد الإمهال سنة كاملة وليس بمجرد ثبوتها.

٢٠. إذا ادعى العنين الوصول إلى زوجته، يُنظر: فإن كانت بكراً، رأتها النساء واعتمد قولهنّ، وإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج بيمينه.

٢١. تلزم الزوجة بالعدة الشرعية في العقد الصحيح بعد الخلوة الفاسدة.

٢٢. لا تسمع دعوى الزوجة بطلب التفريق للعنة الطارئة إذا ثبت وصول الزوج إليها ولو مرة واحدة.

٢٣. تنازل الزوجة عن شرطها لا يجيز لها طلب التفريق لمخالفة الزوج لهذا الشرط.

٢٤. الشروط المعتبرة التي يفسخ العقد لأجلها هي ما كانت في صلب العقد فقط.

٢٥. لا يملك ولي الزوجة المسامحة بمهر الزوجة.

٢٦. إقرار الولي بقبض المهر ثم رجوعه عن ذلك، يعطي الزوج الحق في تحليف الزوج يمين عدم كذب الإقرار.

٢٧. لا يثبت الرضاع المحرّم بإقرار الزوج وحده، وله الرجوع عن هذا الإقرار، أما إن أقر به وأصر عليه فيثبت به الرضاع المحرّم.

٢٨. لا يثبت الرضاع المحرّم بشهادة النساء منفردات عن الرجال ويثبت ببينة المال وهي شهادة رجلين أو رجلٌ وامرأتين .

٢٩. يمين الزوج على نفي الرضاع يكون على نفي علمه لا على البتات.

٣٠. إقرار الزوجة بصحة دعوى فساد العقد وإنكار الزوج لذلك لا أثر لـــه فـــي إثبات الدعوى.

٣١. لا تلزم المرأة بالعدة الشرعية بعد الخلوة الصحيحة في العقد الفاسد.

٣٢. بينة مدعي فساد العقد مقدمة على بينة مدعي صحة العقد.

التوصيات

يوصي الباحث بما يلي:

١. إنشاء محكمة تمييز شرعية، بحيث يفسح المجال أمام المتخاصمين للوصول إلى حقوقهم، وإثراء الاجتهاد القضائي الشرعي.

٢. تعديل نص المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية بحيث تصبح على النحو التالي:

أ-تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذا النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

ب-فإذا لم تجد المحكمة نصاً حكمت بأحكام القانون المدني الأردني.

ج-فإذا لم تجد نصاً حكمت بأحكام المذهب الفقهي الذي استمد منه أصل المسألة والأقرب إلى التشريع القانوني.

د-ما لا نص عليه مطلقاً في هذه القانون أو القانون المدني يرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي.

هـ-فإذا لم تجد في جميع ما ذكر يرجع فيه إلى القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة الإسلامية.

٣. يوصي الباحث بتقييد قرار محكمة الاستئناف الشرعية باعتبار غياب الزوج من اجل العمل عذراً له يمنع به سماع دعوى زوجته بما يلي:

أ- أن يكون الزوج محتاجاً إلى عمله الذي غاب من اجله في رزقه.

ب- أن يتعذر عليه اصطحاب زوجته معه في مكان عمله.

ج- أن لا يتمكن من الحضور إلى زوجته خلال سنة من غيابه عنها.

٤. يوصي الباحث بأن تصدر محكمة الاستئناف الشرعية قراراً خماسياً يقرر فيه سماع دعوى التفريق للشقاق والنزاع وان رفعت على مدعىعليه مجنوناً كان أو معتوهاً، بحيث ترجع فيه عن اجتهادها السابق في هذا الموضوع.

٥. يوصي الباحث أن ترجع محكمة الاستئناف الشرعية عن قراراها بخصوص عدم سماع دعوى الزوجة طلبها التفريق للسجن إذا خفّضت عقوبة الزوج عن مدة ثلاث سنوات بعد رفعها للدعوى.

٦. يوصي الباحث أن ترجع محكمة الاستئناف الشرعية عن اجتهادها القاضي بقياس حكم الأسير على السجين لعدم انطباق أحكام السجن عليه ولمخالفة هذا الحكم لاجماع الأمة.

٧. يوصي الباحث بتعديل نص المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية بحيث يقرر حكم تفويض الطلاق بمادة مستقلة تستند في أحكامها إلى المذهب الحنبلي.

٨. يوصي الباحث بأن تصدر محكمة الاستئناف الشرعية قراراً خماسياً بعدم سماع دعوى الزوجة طلبها فسخ عقد الزواج لاشتراطها تطليق نفسها فيه بحيث ينتهي العمل بالقرارات السابقة المجيزة للفسخ لعدم وجود مخالفة للزوج لشرط الزوجة.

الفهارس

فهرست الآيات:

الرقم	الآيــــــة	رقم الآيــة	الســورة	الصفحــة
١.	"وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ..............."	٢٣	النســاء	١٩٩
٢.	"وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّهُ............."	٤٩	المــائدة	ح
٣.	"وَاتَّقُواْ فِتْنَةً لاَّ تُصِيبَنَّ الَّذِينَ..............."	٢٥	الأنفــال	٧٤
٤.	"يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً ...."	٢٦	ص	ح
٥.	"وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا................"	٣٥	النساء	٦٦

فهرست الأحاديث والآثار:

الرقم	الحديث	الحرف	الصفحة
١.	"إذا اجتهد الحاكم..............."	أ	ح
٢.	"رفع القلم عن ثلاث..........."	ر	٧٨
٣.	" من جُعل قاضياً................."	م	ح
٤.	"من رأى منكم منكراً..........."	م	٧٥
٥.	"لا تحتجبي منه، فانه يحرم من الرضاع.."	ل	١٩٩
٦.	الأثر "لئن اجلس................"	ل	ح

فهرست تراجم الأعلام:

الرقم	العلم	الصفحة
١.	ابن الحاجب	٣
٢.	ابن القاسم	١٣٨
٣.	ابن تيمية	١١٦
٤.	ابن حامد	١٤٨
٥.	ابن قدامه	١٥٧
٦.	ابن مفلح	٥٢
٧.	أبو بكر	١٤٨
٨.	أبو ثور	١٦٤
٩.	البّهوتي	٥٢
١٠.	الحَكَم	١٠٨
١١.	الخرقي	١٤٨
١٢.	الدردير	٥٢
١٣.	الدسوقي	٥٢
١٤.	السُغدي	١٥٦
١٥.	الشربيني	١٥٦
١٦.	الطوفي	٣
١٧.	الغزالي	٤
١٨.	الكمال بن الهمام	٣
١٩.	اللخمي	١٤٥
٢٠.	المرداوي	٥٢
٢١.	الموصلي	١٥٦
٢٢.	النووي	٩٧
٢٣.	خليل	٧٢
٢٤.	زفر	١٤
٢٤.	محمد بن الحسن	١٢٧

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١. الابياني: محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة علـي سكر، مصر، ١٣٢٩هـ-١٩١١م، ط٢.
٢. الأزهري: صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت- لبنان، د.ط، د.ت.
٣. استانبولي: أديب، المرشد في قانون الأحول الشخصية، المكتبة القانونية، ط٣، ١٩٩٧م.
٤. إسماعيل: شعبان محمد، الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقـه، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دار الصابوني، سوريا، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٥. ألا سنوي: جمال الدين عبدالرحيم حسن، نهاية السـول فـي شـرح منـهاج الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي، عالم الكتب، ١٩٨٢م، المطبعة السلفية.
٦. الأشقر: عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنـي، دار النفائس، ط مزيده ومنقحه، ط٢، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٧. الالباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الامة.
٨. الالباني: محمد ناصر الدين، صحيح سنن النسائي باختصار السـند، صحـح أحاديثه محمد ناصر الدين الألباني بتكليف من مكتـب التربيـة العربـي لـدول الخليج، الرياض، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٩م.
٩. الألباني، صحيح سنن أبى داود باختصار السند صحح أحاديثه محمد نـاصر الدين الألباني، الناشر مكتبة التربية العربي لـدول الخليـج، توزيـع المكتـب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
١٠. الامدي: سيف الدين ابو الحسن علي بن ابي علي محمد، الإحكام في أصـول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

١١. أمير باد شاه: محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية ل الهمام الاسكندري، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، د.ط.
١٢. البابرتي: محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير.
١٣. باز: سليم رستم، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د٣، مصححة ومنقحة.
١٤. البخاري: أبو عبدالله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية للنشر، د ط، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.
١٥. البخاري: عبدالله بن مسعود المجبوبي البخاري الحنفي، المعروف بصدر الشريعة، التنقيح مع شرحه المسمى بالتوضيح، منشور مع شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، خرّج اياته وأحاديثه الشيخ زكريا العمرات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
١٦. البخيت: محمود عبدالله سليم، فسخ العقد وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات السوداني وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوارة مقدمة في جامعة ام درمان الإسلامية، د،ط، د،ت.
١٧. بدران: بدران ابو العينين، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ١٩٦٧م، د.ط.
١٨. البصري: عارف، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، الدار الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
١٩. أبو البصل: عبدالناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (النظام القضائي الشرعي)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١.
٢٠. البكري: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، ط٢،١٩٩٤م.

٢١. البهوتي: منصور بن أدرس، الروض المربع شـــرح زاد المســتقنع، مكتبــة الرياض الحديثة، د.ط، د.س.

٢٢. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشــاف القنــاع عــن متــن الإقناع، راجعه وعلق عليه هلال مصليحي مصطفـــى هـــلال، مكتبــة النصــر الحديثة، الرياض.

٢٣. البيهقي: ابو بكر احمد بن الحسين بن العلي، السنن الكبرى، تحقيـــق محمــد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٢٤. التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيـــح لمتــن التنقيح في أصول الفقه.

٢٥. التكروري: عثمان، الوجيز في شرح قانون أصـــول المحاكمــات الشــرعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ١٩٩٧م.

٢٦. التكروري، عثمان، شرح قانون الأحول الشخصية الاردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٨م.

٢٧. التهانوي: ظفر احمد العثماني، إعلاء السنن، تحقيق حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٢٨. ابن تيمية: احمد تيمية (شيخ الاسلام)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بـــن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن محمد بن قاسم العــاصمي، دار عــالم الكتــب، الرياض، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، د.ط.

٢٩. ابن تيمية: مجد الدين(الجد)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام احمد بـــن حنبل، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، دس، تحقيق محمد جامد الفقي.

٣٠. ابن تيمية، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام تيمية، اختارها الشـــيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلـــي الدمشـــقي، دار الكتـــب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦ه-١٩٩٥م.

٣١. الجبريين: عبدالله بن عبدالرحمن، حاجة البشر إلى الأمر بالمعروف والنـــهي عن المنكر، إعداد أبو انس علي بن حسين أبو لوز، دار الوطـــن للنشـــر، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٣٢. الجبوري: صالح جمعة حسن، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٣٩٦هـ-١٩٧٦م.
٣٣. ابن جزي: ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، د.ط، د.س.
٣٤. الجزيري: عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ١٩٨٦م، د.ط.
٣٥. الجصاص: أبو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، د.ط، د.س.
٣٦. ابن الجلاب: أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ، التفريع، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلام ي، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
٣٧. الجندي: احمد نصر، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، دار الفكر العربي، ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.
٣٨. ابوجيب: سعدي، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلام ي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر.
٣٩. ابن الحاجب: عثمان بن عمر، حاشية سعد الدين التفتازاني وحاشية الشريف الجرجاني على شرح القاضي عضد الملة والدين، لمختصر المنتهى الأصول للإمام الحاجب المالكي مع حاشية حسن الهروي على حاشية السيد الجرجاني، مراجعة شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الازهرية، طبعة ١٢٩٣هـ-١٩٧٣م.
٤٠. الحصني: تقي الدين أبو بكر محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، بيروت-لبنان، ط٢ مزيدة ومنقحه، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٤١. حكيم: محمد تقي، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الاندلس، ط٢، ١٩٧٩م.
٤٢. حمزه محمود ، كتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، طبعة دمشق، ١٣٠٠هـ.

٤٣. ا محمد شريف، نظرية تفسير النصوص المدنيـــة، مطبعـــة وزارة الاوقـــاف والشؤون الدينية، بغداد، د.ط.
٤٤. ابن حنبل: مسند الإمام احمد ، شرحه ووضع فهارسه احمد محمد شـــاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٤٥. ابن حنبل: مسند الإمام احمد، تحقيق شعيب ناؤوط ومحمد نعيم العرقسوســي وإبراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٤٦. حيدر: علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحســيني، مكتبــة النهضة، بيروت وبغداد، د.ط، د.ت.
٤٧. الخطيب: احمد علي واخرون، شرح قانون الأحـــوال الشـــخصية العراقـــي، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ط١، ١٩٨٠م.
٤٨. الخفيف: علي، محاضرات عن فرق الزواج، معهد الدراسات العربية العاليـــة، د.ط، د.ت.
٤٩. خليل: احمد، أصول المحاكمات المدنية، دار العلوم العربية، بيروت-لبنـــان، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٥٠. الخوارزمي: جلال الدين الكرلاني، الكفاية بهامش فتح القديـــر، دار إحيـــاء التراث، دط، د.ت.
٥١. داود: احمد محمد علي، القرارات الاستئنافية في الأحول الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٥٢. دراز: عبدالله، شرح عبدالله دراز على الموافقـــات فـــي أصـــول الشـــريعة للشاطبي، د.ط.
٥٣. الدردير: أبو البركات سيد احمد بن محمد العدوي الشهير الدرديـــر، الشـــرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٥٤. الدردير: احمد بن محمد، الشرح الصغير، الدار السودانية للنشر، الخرطـــوم، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٥٥. الدسوقي: محمد بن احمد عرفه الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيد احمد بن محمد العدوي الشهير بـالدردير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٥٦. ابن أبو الدم: أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الحمداني الحموي، كتاب أدب القاضي، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٥٧. الدوري: قحطان عبدالرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود، بغداد، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٥٨. الرازي: محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلوان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٩. الرافعي: أبو القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبر، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٦٠. ابن رجب: ابو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين احمد، كتاب الذيل على طبقات الحنابلة، تحقيق هنري لاووست وسامي الدهان.

٦١. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م. تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود.

٦٢. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد(الجد)، مقدمات رشد لما اقتضته المدونة من أحكام، بهامش المدونة، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، د.ط.

٦٣. رضا: مسعود احمد، العجز عن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، غير منشورة.

٦٤. الرملي: احمد بن ابي العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د.ط، د.س.

٦٥.الرهوني: محمد بن احمد بن محمد بن يوسف، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٠٦هـ، ط١.
٦٦. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مكتبة العبيكان، الرياض، وط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، تحقيق: عبدالله بن عبدالرحمن بن عبدالله الجبرين.
٦٧. الزركلي: خير الدين، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط٥، ١٩٨٠م.
٦٨. الزعبي: خالد، الفضل: منذر، المدخل إلى العلوم القانونية، الطابعون، المركز العربي للخدمات الطلابية، ط١، ١٩٩٥.
٦٩. أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مطبعة السعادة.
٧٠. زيدان: عبدالكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٧١. زيدان: عبدالكريم، الوجيز في أصول الفقه، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٧٢. الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط٢، اعيد طبعه بالأوفست.
٧٣. سانو: د. قطب مصطفى، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر بيروت-لبنان، دار الفكر، دمشق-سوريا، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
٧٤. السبكي: ابو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبدالفتاح الحلو، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي، ط١، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
٧٥. السرخسي: شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٧٦. سعد: نبيل ابراهيم واخرون، المدخل إلى العلوم القانونية؟، الدار الجامعية، ١٩٩٢م.

٧٧. السغدي: أبو الحسين علي بن الحسين بن محمد، النتف في الفتاوي، مطبعة الإرشاد، دط، بغداد، ١٩٧٥م، تحقيق: د.صلاح الدين الناهي.
٧٨. السمرقندي: علاء الدين محمد تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م.
٧٩. ابن سيده: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق د.عبدالحميد هنداوي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٨٠. ابو سيف: مأمون محمد، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٩م.
٨١. السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٨٢. الشاذلي: د.حسن علي، نظرية الشروط في الفقه الاسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة.
٨٣. الشاطبي: ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، د.ط، د.ن.
٨٤. الشافعي: أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، ألام مع مختصر المزني، دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
٨٥. الشافعي: محمد ابو عبدالله محمد بن ادريس، الام، خرّج أحاديثه وعلّق عليه محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٨٦. شحاده: محمد وجيه، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨١م.
٨٧. الشربيني: محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبدالجواد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٨٨. ابن شطي: محمد جميل بن عمر البغدادي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة فواز الزمرلي، دار الكتاب العربي، ط ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٨٩. الشلبي: محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط٤، ١٤٠٣هـ-١٩٧٣م.

٩٠. الشلبي: محمد مصطفى، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي وقواعد الملكية، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٩١. شمس الدين: محمد مهدي، الاجتهاد والتقليد بحث فقهي استدلالي مقارن، المؤسسة الدولية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٩٢. الشنقيطي: محمد الشيباني بن محمد بن احمد، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك للشيخ عبدالعزيز محمد ال مبارك الاحسائي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط٢، مزيدة ومنقحه.

٩٣. الشواربي: عبدالحميد، فسخ العقد في ضوء الفقه والقانون، منشئة المعارف بالاسكندرية، ط٣، ١٩٩٧م.

٩٤. الشوكاني: محمد بن علي، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق د. شعبان محمد اسماعيل، دار الكتب، د.ط.

٩٥. شيخ زاده: عبدالرحمن بن شيخ محمد بن سليمان، ملتقى الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، طبع في المطبعة العثمانية، ١٣٠٥هـ، د.ط.

٩٦. الشيرازي: أبو اسحاق المهذب تحقيق د.محمد الزحيلي، دار القلم- دمشق، دار الشامية-بيروت، ط١، ١٩٩٦م.

٩٧. الصابوني: عبدالرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة الداودي، مشق، ١٩٧٥، د.ط.

٩٨. الصباغ: محمد متولي، الايضاح في أحكام النكاح، مكتبة مدبولي، د.ط.

٩٩. الصنعاني: ابو بكر عبدالرزاق بن همام، المصنف، في اخره كتاب الجامع للامام الازدي، تحقيق ايمن نصر الدين الأزهري، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

١٠٠. طلبه: أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من إنشائها إلى سنة ١٩٣١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، د.ت.

١٠١. الطوفي: سليما بن عبدالقوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٩٨م.

١٠٢. ابن عابدين : محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبو حنيفه، دار الفكر، ط٢، ١٩٩٦م.

١٠٣. ابن عابدين: السيد محمد علاء الدين أفندي، حاشية قرة عيون الإخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

١٠٤. ابن عباد: الصاحب إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٠٥. ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار وعلماء الاقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي، دار قتيبه، دمشق- بيروت، ودار الوعي، حلب- القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، تحقيق د.عبدالمعطي امين قلهعجي.

١٠٦. عبدالتواب معوض، موسوعة الأحول الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٦، ١٩٩٥م.

١٠٧. ابن عبدالرفيع: أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والاحكام، دار الغرب الإسلامي، تحقيق:د. محمد بن قاسم بن عباد، ١٩٨٩م، بيروت- لبنان، د.ط.

١٠٨. العبدالله: محمد، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ط٧، ١٩٩٦م.

١٠٩. عبودي: عباس، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، منشورات جامعة الموصل، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.

١١٠. العدوي: علي احمد، حاشية الشيخ علي بن احمد العـدوي علـى الخرَشـي، بهامش حاشية الخرَشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنـان، ط١.

١١١. العدوي: علي حاشية العدوي على شرح ابي الحسن برسالة ابي زيـد وهـي حاشية الشيخ علي الصعيدي على شرح ابي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة بن ابي زيد القيرواني في مذهب الإمام مـالك، دار المعرفـة للطباعـة والنشر.

١١٢. العربي: محمد حمزه، المبادئ القضائية التي استقر عليـها اجتـهاد محكمـة الاستئناف الشرعية من ١٩٧٣/٧/١ إلى ١٩٨٣/٦/٣٠ المجموعة الثانيـة، دار الفرقان، ط١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

١١٣. عقله: محمد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان-الاردن، ط٢، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

١١٤. عليش: أبو عبدالله الشيخ محمد احمد، فتح العلي المالك فـي الفتـوى علـى مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ط، د.ت.

١١٥. عليش: محمد، منح الجليل على مختصر العلامة خليـل ، دار صـادر، د.ط، د.ت.

١١٦. عليوي: خليفة، موسوعة فتاوي النبـي صلـى الله عليـه وسـلم ودلائلـها الصحيحة من السنة الشريفة وشرحها المسمى المنتقى في بيان فتاوى المصطفـى صلى الله عليه وسلم، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١١٧. ابن العمادي: شذرات الذهب فـي أخبـار مـن ذهـب، ج١، ص٩٣-٩٤. الزركلي: خير الدين، الأعـلام، قـاموس تراجـم لأشـهر الرجـال والنسـاء والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط٥، ١٩٨٠م.

١١٨. عمرو: عبدالفتاح عايش، القرارات القضائية في الأحول الشخصية، دار يمان، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩٩م.

١١٩. العمروسي: أنور، المرافعات الشرعية في مسائل الأحـول الشـخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣م.

١٢٠. العمري: نادية شريف، الاجتهاد في الإسلام أصوله، أحكامه، آفاته، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

١٢١. عيسى: عبده غالب احمد، أضواء على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

١٢٢. الغزالي: محمد بن محمد بن محمد ابو حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق د. محمد سليمان الاشقر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

١٢٣. الغزالي: محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، تحقيق: محمد محمد تامر.

١٢٤. الغنيمي: عبدالغني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط٤، مزيده ومنقحه، ١٣٨١هـ-١٩٦١م.

١٢٥. ابن فارس: أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، د.ط.

١٢٦. ابوفارس: محمد عبدالقادر، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، دار الفرقان، د.ط، د.ت.

١٢٧. الفتّوحي: تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي الشهير ب النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٢٨. الفراء: أبو يعلى القاضي أبو الحسين محمد بن ابي يعلى، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت.

١٢٩. ابن فرحون: أبو الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، خرّج أحاديثه وعلّق عليه الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٣٠. الفيروز ابادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤٠٠هـ-١٩٩١م.

١٣١. الفيومي: احمد بن محمد بن علي المغربي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط.
١٣٢. قاضيخان: حسن بن منصور الاوزجندي الفرغاني، فتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط٤.
١٣٣. ابن قدامه: ابو محمد عبدالله احمد بن محمد، المغني، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، وعبدالفتاح محمد الحلو، هجر، للطباعة والنشر، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، مصححه ومنقحه.
١٣٤. ابن قدامه: موفق الدين عبدالله بن احمد، المقنع في فقه الإمام السنة احمد بن حنبل ، مكتبة الرياض الحديثة،، د.ط، الرياض، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
١٣٥. ابن قدامه: موفق الدين عبدالله بن قدامه المقدسي، الكافي في فقه الإمام احمد، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، تحقيق: محمد فارس ومسعود عبدالحميد السعدني.
١٣٦. قدري أفندي، عبدالقادر بن يوسف، واقعات المفتين، ط١، المطبعة الميرية ببولاق، ١٣٠٠هـ.
١٣٧. قراعة، علي محمود، ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مكتبة مصر.
١٣٨. القرافي: ابو العباس، احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، د.ط، د.ت.
١٣٩. القرافي: شهاب الدين احمد بن ادريس، الذخيرة، تحقيق د.محمد صبحي، دار الغرب الإسلام ي، بيروت- لبنان، ط١، ١٩٩٤م.
١٤٠. القرطبي: أبو عبدالله محمد بن احمد الأنصاري، الجامع لاحكام القرآن الكريم، راجعه وضبطه محمد إبراهيم الحفناوي، خرّج أحاديثه محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٤١. قلعه جي: د.محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

١٤٢. ابن القيم: الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مكتبة المنـار الإسـلام
ية، ط١، ١٣٣٩هـ-١٩٧٩م، تحقيق سعيد الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط.
١٤٣. الكاساني: علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشـرائع،
دار الكتب العلمية بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
١٤٤. كحّاله: عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
١٤٥. الكشناوي: جمعه أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك فـي
فقه إمام الأئمة مالك، ضبطه محمد عبد السلام شـاهين، دار الكتـب العلميـة،
بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
١٤٦. كنون: أبو عبدالله سيدي محمد بن المدني، حاشية أبو عبدالله سيدي محمد بـن
المدني، بهامش حاشية الرهوني.
١٤٧. اللكنوي: محمد بن عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفـة،
بيروت-لبنان، د.ط.
١٤٨. مالك: انس الاصبحي، المدونة، دار الفكـر، بـيروت- لبنـان، ١٣٩٨هـ-
١٩٧٨م، د.ط.
١٤٩. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبـير،
تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت،
لبنان، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٥٠. مبارك: سعيد عبدالكريم، الندوي: آدم وهيب، المرافعات المدنية، منشـورات
جامعة بغداد، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
١٥١. المحبي: محمد بن محب الله بن محمد، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحـادي
عشر، دار صادر، بيروت.
١٥٢. المحلّي: جلال الدين محمد بن احمد، كنز الراغبين، شرح منـهاج الطـالبين،
دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، بهامش حاشيتا قيلوبي
وعميره، ضبط وخرج آياته عبداللطيف عبد الرحمن.
١٥٣. المحمصاني: صبحي، المجتهدون في القضاء من اقضية السـلف، دار العلـم
للملايين، ط١، ١٩٨٠م.

١٥٤. مخلوف: محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، طبعة جديدة بالاوفست عن الطبعة الاولى، ١٣٤٩هـ، المطبعة السلفية ومكتباتها.

١٥٥. مدكور: محمد سلام، منهاج الاجتهاد في الاسلام والأحكام الفقهية والعقائدية، الناشر جامعة الكويت، ط١، ١٩٧٣م.

١٥٦. المرداوي: ابو الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل احمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

١٥٧. المرغيناني: أبو الحسين، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، الهداية شرح بداية المبتدئ، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، اعتنى بتصحيحه طلال يوسف.

١٥٨. مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار حزم، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٥٩. مشروع قانون الأحول الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما مع مذكرته الإيضاحية، قام بوضعه لجنة خاصة، دار القلم، دمشق ، الدار الشامية، بيروت.

١٦٠. المطيعي: محمد نجيب، المجموع شرح المهذب، دار إحياء التراث العربي، ط جديدة مصححة، ١٩٩٥م-١٤١٠هـ.

١٦١. المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، اخرجه ابراهيم مصطفى واخوون، دط، د.ت، المكتبة العلمية، طهران.

١٦٢. ابن مفلح: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

١٦٣. ابن مفلح: شمس الدين أبو عبدالله محمد، الفروع، دار مصر للطباعة، ط٢، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

١٦٤. المقدسي: بهاء الدين عبدالرحمن بن ابراهيم، العدة شرح العمدة، اعتنى بها خالد محمد محرم، مكتبة العبيكان، المكتبة العصرية، صيداء، بيروت، جديدة ومنقحة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٦٥. ابن المنذر: أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإجماع، مكتبة الفرقان- عجمان، مكتبة مكة الثقافية – راس الخيمة، ط٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، فيها زيادات التحقيق والتنقيح، تحقيق: د. أبو حماد صغير احمد بن حسن حنيف.
١٦٦. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المغربي، لسان العرب، دار الفكر ودار صادر-بيروت، د.ط.
١٦٧. الموافي: احمد، الضرر في الفقه الاسلامي، دار عفان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٦٨. الموّاق: أبو عبدالله محمد بن يوسف الموّاق، التاج والإكليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
١٦٩. الموسوعة الفقهية الكويتية: إصدار وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، مطابع دار الصفوة، ط١، ١٩٩٣م.
١٧٠. الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١٠٤، دار المعرفة، ط٣، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
١٧١. النجدي: محمد بن عبدالله بن حميد، السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تحقيق بكر بن عبدالله أبو زيد وعبدالرحمن بن سليمان العثيمين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
١٧٢. ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ط٢، أعيد طبعه بالأوفست.
١٧٣. ابن نجيم: زين الدين إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
١٧٤. نظام الدين: الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٧٥. النعواشي: ماجد حسين، مدى سلطان القاضي في حـــل الرابطـــة الزوجيـــة، رسالة دكتوارة مقدمة في جامعة ام درمان الإسلامية.
١٧٦. النمر: امينه، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، د.ط، د.ت.
١٧٧. النووي: يحيى بن شرف النووي، روضـــة الطـــالبين، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م. تحقيق: عادل احمد عبد الموجود وعلـــي محمد معوض.
١٧٨. ياسين: محمد نعيم: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعـات المدنية والتجارية، منشورات وزارة الأوقاف والمقدسات الإســـلامية الأردنيـــة، د.ط، د.ت.

القوانين

١.الدستور الأردني.

٢.قانون الأحوال الشخصية رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٦.

٣.قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩.

٤.القانون المدني الأردني.

٥.قانون الإجراء الأردني رقم (٣١) ١٩٥٢.

٦.قرار حقوق العائلة العثماني صدر في ١/١/١٣٣٦م، وفق ٢٥/١٠/١٩٣٣م.

٧.مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري بين عامي ١٩٥٩-١٩٦١م.

٨.قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٩.قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤.

١٠. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

١١. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠.

ABSTRACT

"INDEPENDENT JUDGEMENT (IGTIHAD) OF THE JORDAN SHARIA COURT IN SEPARATION ISSUES UNREPORTED IN THE TEXT OF PERSONAL STATUS LAW"

Prepared By
Kamal Ali Al-Smadi
Supervised by
Dr.abdul naser m. Abu –al basal (Supervisor And Chair Man)
Dr. mustafa al-qudaa

This dissertation talked about the issue of judicial independent judgement in personal status of the Jordanian sharia court of appeal, in the cases of separation between matrimonial coupeal, it included infoduehion of sharia court of appeal, judicial independent judgement, judicial decisions and types of separation between spouses.

This work included also independent judgement of the court concerning cases of separation through divorce for absence, abandonment, dispute and disunity, inability to pa maintenance, imprisonment, insanity and the refusal of any of the spouse to convert to islamjin addition to the independent judgments of the court concerning cases of separation through invalidation of the marriage contract due to defect, stipulation, inability to pay the dowry, foster venation ships, and being under age.

A number of scientific approaches was followed in this research including the inductive, fundamentalstiy and the analytic ones.

The research was concluded with a number of result that are considered as a whole a group of Jordanian sharia jurisdiction, together with some recommendation and suggestion that the researcher wishes to be taken into consideration and eloped.